

**EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad**  
**Número 6. Marzo – agosto, 2014**  
**ÍNDICE**

**Presentación**

*José María Sauca*

1

**Estudios**

El dominio del Derecho. Recíproca rendición de cuentas e imperio de la ley

4

*Gerald J. Postema*

La nueva reforma penal de 2013

16

*Francisco Javier Álvarez García*

En busca de la laicidad: La yincana de los acuerdos con la Santa Sede

72

*Maria Cruz Llamazares*

Extra Lives: Access to Knowledge (A2K) vs. exclusive regimes

98

*Pablo Zapatero Miguel*

125

**Foro y ágora**

Transición y Constitución: ¿Qué relación guardan en España que importe hoy?

*Bartolomé Clavero*

Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Rio Prada c. España

137

*Teresa Rodríguez Montañés*

Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias

153

*Esther Hava García*

Derecho Internacional Humanitario y lucha contra el terrorismo: El caso Guantánamo

174

*Lucas Rodríguez de las Heras*

**Voces de Cultura de la legalidad**

*Estrella Gutiérrez David:*

«Derecho de acceso a la información pública»

186

*Mariano C. Melero de la Torre:*

«Autoridad»

197

*Julio Alguacil:*

«Presupuesto Participativo»

204

*María de la Macarena Iribarne González:*

«Acción positiva»

211

*Fernando Jiménez:*

«Corrupción urbanística»

217

*Edgardo Rodríguez Gómez:*

«Guerra justa»

224

*Luis Gómez Romero:*

«Desobediencia civil»

238

*Álvaro Núñez Vaquero:*

«Dogmática jurídica»

245

*Iván López:*

«Justicia ambiental»

261

*Ana M. Garrocho Salcedo:*

«Los delitos de malversación»

269

**Releyendo a...**

*Hannah Arendt: La gran tradición (1853)*

279

La tensión entre acción y derecho en Hannah Arendt

*Alfonso Ballesteros*

**Rincón de lecturas**

Debatiendo: La selección del profesorado en la universidad española (II)

312

*M. Araceli Sanchís de Miguel*

Debatiendo: Por un modelo colegial

318

*José Juan Moreso*

Debatiendo: Lo real y lo aparenten en la selección y promoción del profesorado universitario

326

*Juan Antonio García Amado*

Francesca Lessa (2013), <i>Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay. Against Impunity</i>	338
<i>Carmen Pérez González</i>	
Francesca Lessa (2013), <i>Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay. Against Impunity</i>	344
<i>Vincent Drulolle</i>	
Respuesta a Carmen Pérez y Vincent Drulolle. <i>Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay. Against Impunity</i>	351
<i>Francesca Lessa</i>	
Notas: Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin	361
Julián Gaviria Mira	
Notas: Ronald Dworkin: En defensa de la comunidad liberal	369
David García García	
Notas: Libertad y moralismo legal en Dworkin	377
Jesús Ignacio Delgado Rojas	
Notas: Ronald Dworkin y la democracia de partidos: Una propuesta de mejora	387
Carlos Alonso Mauricio	
Notas: El compromiso del intérprete en la teoría constructiva de Dworkin	396
Lucila Fernández Alle	
Carmen Pérez González y Rafael Escudero Alday (eds.) (2013), <i>Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo</i>	405
<i>Ángel Sánchez Legido</i>	



## Presentación

Entregamos al lector el número 6 de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* que cumple tres años. Es difícil transmitir la satisfacción que una frase tan breve supone para el amplio equipo que trabaja detrás de estas páginas. Los miembros de los consejos científicos, de redacción y de edición; la editorial Tirant lo Blanch; los evaluadores anónimos, los traductores y, de últimas, los autores configuran un colectivo que desarrolla una labor generosa y altruista para seguir poniendo a disposición del público, de forma abierta, libre y gratuita, la promoción de la cultura de la legalidad e intentar abordar el empeño con rigor y calidad.

El número 6 mantiene, con sus treinta y dos entradas, la estructura general de las entregas anteriores si bien refuerza las secciones tanto en términos cuantitativos como, estructuralmente, con el establecimiento de subsecciones. Por demás, juristas, politólogos, filósofos políticos y del Derecho y sociólogos siguen siendo las etiquetas de origen disciplinar de las aportaciones que nutren sus páginas.

La sección de *Estudios* abre con un trabajo de Gerald Postema que presenta sus más recientes reflexiones sobre el imperio de la ley. Sus tesis parecen especialmente interesantes para la línea temática de la revista al reparar en la importancia teórica –y, por ello, práctica- de las dimensiones culturales del *Rule of Law*. Javier Álvarez le acompaña en esta pretensión de fondo con una aportación sobre la última reforma del Código penal español de 2013 en la que con prosa apasionada, rigor analítico y espíritu crítico somete a examen pormenorizado las consecuencias de esta importante medida legislativa. María Cruz Llamazares aborda el estudio de otra cuestión recurrente en los elementos nucleares del orden democrático y del estado de Derecho como es la separación entre iglesia y Estado, procediendo al estudio del estatuto constitucional de los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede de 1979. La sección se cierra con el trabajo de Pablo Zapatero en el que explora nuevas formas de protección de la salud en países en desarrollo mediante la revisión de los sistemas de regulación de la propiedad intelectual.

La sección de *Foro y Ágora* se amplía a cuatro trabajos. Parecen momentos en que se han acumulado cuestiones relevantes para la cultura de la legalidad. La primera contribución es obra de Bartolomé Clavero quien aborda una temática nuclear y de largo aliento que ha adquirido especial relevancia en la actualidad. Me refiero a los efectos que el modelo de transición política seguido en su momento en España sigue generando en el orden constitucional actual y el bloqueo que aquélla puede estar generando en la evolución actual de dicho orden. Las profesoras Teresa Rodríguez Montañés y Esther Hava García nos brindan dos estudios pormenorizados sobre, quizá, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más importante de los últimos años en nuestro ámbito temático. Me refiero a la sentencia de 21 de octubre de 2013 en el caso Del Río Prada c. España conocida como la relativa a la “Doctrina Parot”. Considero que esta sentencia resulta fundamental en el ámbito de la cultura de la legalidad porque tiene imbricaciones institucionales, sustantivas y metodológicas. En el primer sentido, las más altas instancias jurisdiccionales del Estado como la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (con la salvedad de los votos particulares de los magistrados Andrés Ibáñez, Martín Pallín y Giménez García, por un lado, y Asúa Batarrita y Pérez Tremps, por otro, en cuya solidez es necesario insistir ahora), diferentes legislaturas del Parlamento y varios gobiernos de distinto color han mantenido con perseverancia una tesis cuya plausibilidad ha venido ahora a ser definitivamente desacreditada. Es probable que cuando la idea de unidad de acción

institucional sustituye al espíritu de la división de poderes comienzan tiempos de riesgo para el estado de Derecho. En el segundo sentido, supone reafirmar que la cuestión de la irretroactividad sancionadora del Derecho pertenece al ámbito nuclear del principio de legalidad. En el tercero, que más allá de una perspectiva formalista en la calificación de las medidas normativas y en la de su ejecución, la aproximación al fenómeno jurídico requiere la asunción de perspectivas realistas, empiristas y teleológicas que pongan en tela de juicio la presunta dicotomía entre el mundo de las *normas de papel* y las *normas reales*. La sección cierra con el trabajo de Lucas Rodríguez de las Heras sobre uno de los fenómenos que, en la actualidad, más grave riesgo ha reportado para la cultura de la legalidad; me refiero a la larga sombra del Centro de Detención de Guantánamo.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* incluye diez nuevas entradas. Su composición es, nuevamente, plural. Por un lado, hay voces de carácter teórico como las proporcionadas por Mariano C. Melero (“Autoridad”) e Iván López Pardo (“Justicia ambiental”). En segundo lugar, se encuentran las relativas a la profundización en la democracia proporcionadas por Estrella Gutiérrez (“Derecho de acceso a la información”); Julio Alguacil (“Presupuesto participativo”) y Macarena Iribarne (“Acción positiva”). En tercer lugar, las que abordan alguna dimensión del conflicto (Edgardo Rodríguez Gómez: “Guerra justa” y Luis Gómez Romero: “Desobediencia civil”). El cuarto bloque se dedica a la temática de la corrupción (Ana Garrocho: “Malversación” y Fernando Jiménez: “Corrupción urbanística”). Finalmente, la perspectiva metodológica se corresponde con la voz de “Dogmática Jurídica” facilitada por Álvaro Núñez.

La sección de *Releyendo a...* corre a cargo de Alfonso Ballesteros quien facilita la versión española de dos conferencias dictadas por Hannah Arendt en 1953 bajo el título de *La Gran Tradición*, y que vienen antecedidas, como se acostumbra en esta parte de *Eunomía*, de un estudio introductorio. La investigación arendtiana sobre el concepto de dominio y la revisión de la tradición de entender todo tipo de gobierno como basado en los dos pilares conceptuales del derecho y del poder mantiene toda su vitalidad y resulta definitivamente actual.

2

Finalmente, la sección del *Rincón de Lecturas* presenta una estructura más compleja que en números anteriores. Por un lado, damos continuidad al *Debatiendo...* que Javier Álvarez inició en el anterior número de *Eunomía* sobre la selección del profesorado universitario en España. Intervienen en el mismo Araceli Sanchís, exasesora de la Presidencia de la Aneca; José Juan Moreso, actual presidente de la AQU Cataluña (La Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya) y Juan Antonio García Amado, uno de los promotores del activo movimiento de profesores universitarios críticos con las actividades de este tipo de agencias de evaluación. Por otro, mantenemos el *book fórum* que aborda la cuestión de las narrativas de la memoria y la justicia de transición. Carmen Pérez y Vincent Drulolle comentan la reciente monografía sobre el tema de Francesca Lessa quien, a su vez, contesta a los críticos. En tercer lugar, promovemos un pequeño homenaje a uno de los más relevantes y controvertidos filósofos del Derecho de las últimas décadas fallecido el pasado año. Obviamente, me refiero a Ronald Dworkin y considero que su obra puede ser entendida como una de las alternativas más potentes en favor de una cultura de la legalidad. El reconocimiento toma la forma de una subsección de *notas* que recoge trabajos breves sobre diferentes dimensiones del pensamiento del autor, redactados por una serie de jóvenes investigadores: Julián Gaviria, David García, Jesús Ignacio Delgado, Carlos Alonso y Lucila Fernández Alle. La sección termina con una recensión a cargo de Ángel Sánchez sobre el libro de Rafael Escudero y Carmen Pérez recientemente publicado en materia de Memoria histórica.

En definitiva, filósofos políticos y filósofos del Derecho, penalistas, constitucionalistas, internacionalistas, historiadores del Derecho, polítólogos y sociólogos prestan, una vez más, la relevante y generosa labor de ofrecer reflexiones originales sobre la cultura de la legalidad. Estado de Derecho, principios de legalidad, proporcionalidad e irretroactividad, laicidad, función social, legitimidad constitucional, participación o lucha contra la corrupción vuelven a ser las palabras clave de este número. Se ha conseguido que aquéllas reflexiones sean presentadas cumpliendo los protocolos de funcionamiento de las revistas indexadas y en el tiempo previsto. Solo nos resta desear que su contenido resulte útil e interesante.

José María Sauca  
Director



## El dominio del Derecho. Recíproca rendición de cuentas e imperio de la Ley\*

Gerald J. Postema\*\*  
University of North Carolina, Chapel Hill  
[gpostema@email.unc.edu](mailto:gpostema@email.unc.edu)

### Resumen

Este ensayo explora el ideal del imperio de la ley como una forma de orden y buen gobierno basado en el mutuo control. Comienza con la idea central de que el imperio de la ley facilita protección y recursos contra el ejercicio arbitrario del poder. A fin de alcanzar este objetivo, el autor defiende que el imperio de la ley no sólo exige requisitos formales e institucionales (legalidad) sino que también presupone un tipo de interdependencia y colaboración entre autoridades y ciudadanos (fidelidad). Este *ethos* social se expresa en un conjunto de compromisos recíprocos entre los cuales el primero de ellos es la mutua responsabilidad por mantener a cada uno de los demás bajo una ley común. El autor expone esta tesis, denominada “tesis de la fidelidad”, en dos partes. En la primera, sostiene que para estar sujeto a la ley es necesario estar sometido al control de los demás. En la segunda, sostiene que el imperio de la ley es un bien público que sólo puede ser conseguido mediante cooperación.

### Palabras clave

Imperio de la ley; control (rendición de cuentas), autoridad, soberanía, cultura jurídica, fidelidad al Derecho.

## Law's Dominion: Mutual Accountability and the Rule of Law

### Abstract

This essay explores the rule of law ideal as a mode of ordering and governance based on mutual accountability. It begins with the core idea that the rule of law provides protection and recourse against the arbitrary exercise of power. To comply with this aim, the author defends that the rule of law not only demands formal and institutional requirements (legality), but also presupposes a kind of interdependence and partnership between government and citizens (fidelity). This social ethos is expressed in a set of reciprocal commitments, among which the first one is the mutual responsibility for holding each other accountable under the common law. The author expounds this thesis, called “the fidelity thesis”, in two parts. First, to be subject to the law is necessarily to be accountable to others; and second, the rule of law is a public good which can only be achieved through cooperation.

### Keywords

Rule of law, accountability, authority, sovereignty, legal culture, fidelity to law.

\* Traducción de José María Sauca.

\*\* Arthur L. Goodhart Visiting Professor of Legal Science, Cambridge University; Cary C. Boshamer Professor of Philosophy and Professor of Law, University of North Carolina at Chapel Hill.

Si la ley no impera, no tenemos imperio de la ley

Krygier (2011: 68)<sup>1</sup>

En torno al siglo quinto A.C., la idea central del imperio de la ley fue fijada en las columnas de piedra de la ciudad de Gortina en Creta. El primer precepto del Código de Gortina afirma la supremacía del proceso legal, declarando “si alguien quiere impugnar el estatus de un hombre libre o el de un esclavo, no puede hacerlo por la fuerza sino ante un tribunal” (Miller, 2010: 11). Derecho y proceso legal se establecían para regular las acciones e interacciones de los ciudadanos de Gortina pero, asimismo, se establecían para regular el ejercicio del poder mediante agentes de la autoridad y mediante aquellos que actúan en nombre de la ley. Los agentes de la ley, incluso la más alta autoridad de la Ciudad, el *kosmos*, rendían cuentas ante la ley y podían ser sancionados en caso de inadecuada ejecución de la ley (Miller, 2010: 12). La ley no era un mero instrumento de gobierno; la ley pretendía gobernar por igual a gobernantes y gobernados. El imperio de la ley no sólo exige que los gobernantes ejerzan su poder *per lege*, sino que también insiste en que ellos mismos están sujetos a la ley, en que gobiernan *sub leges*. El imperio de la ley rige como forma de gobierno sólo cuando la *ley impera* entre aquellos que pretenden gobernar con la ley. *Reflexibilidad* –la ley impera sobre aquéllos que imperan mediante la ley y en su nombre– es una condición *sine qua non* del imperio de la ley. Esta es, básicamente, la idea central del imperio de la ley.

Este antiguo ideal de que la ley impera es el tema de este ensayo. Las exploraciones filosóficas sobre el imperio de la ley son gravemente insuficientes. Se centran exclusivamente sobre los principios de *legalidad* –los aspectos formales, procedimentales e institucionales del ideal; sin embargo, defenderé que *fidelidad* hace posible y asegura el imperio de la ley no como una condición entre otras muchas, sino como su *ethos* de inspiración esencial. Sostendré que el imperio de la ley es fuerte en un sistema político sólo cuando los miembros de ese sistema político asumen y practican un *ethos* peculiar. Además de los estándares de *legalidad* –los aspectos formales, procedimentales e institucionales del ideal– la noción del imperio de la ley comprende un conjunto de relaciones y responsabilidades enraizadas en convicciones y compromisos fundamentales que son esenciales para la realización del ideal. Asocio este conjunto de relaciones, responsabilidades y compromisos con la noción de *fidelidad a la ley*. La fidelidad incluye en su centro de gravedad el compromiso de una práctica permanente de mutuo control. La *tesis de la fidelidad* que defiendo aquí, sostiene que una práctica consistente de someter a cada uno de los demás al control de la ley es esencial para la realización del gobierno de la ley. Tomados conjuntamente *legalidad* y *fidelidad* constituyen el ideal del imperio de la ley. Esto supone que este ideal incorpora simultáneamente estándares de legalidad y estándares de fidelidad. El imperio de la ley se realiza cuando las leyes y las instituciones jurídicas se adecúan, en términos generales, a los estándares de legalidad y están asentadas y son florecientes las convicciones, compromisos y prácticas que responden a los estándares de fidelidad.

---

<sup>1</sup> N.T. El autor emplea sistemáticamente el término de *Rule of Law*. Su sentido incluye al Derecho en su conjunto y no sólo el tipo de producto normativo que en el sistema de fuentes se denomina *ley*. Sin embargo, hay un extendido uso de la expresión *Imperio de la Ley* que es el seguido aquí. Así mismo, utiliza el término *accountability* (en sus diversos usos gramaticales) de manera permanente. En la traducción se recurre indistintamente a traducirlo por *control*, por *responsabilidad* o por *rendición de cuentas* dependiendo su uso de razones estilísticas.

## 1. El Imperio de la Ley: la idea central

El ideal del imperio de la ley está globalmente aceptado y es públicamente admirado pero, al mismo tiempo, es puesto en tela de juicio con intensidad. No obstante, su idea central, reconocida a lo largo de su larga historia, es relativamente simple. Es la idea de que *cuando impone la ley, ella genera protección y recursos contra el uso arbitrario del poder*. La cuestión es que un sistema político está bien ordenado cuando sus miembros están seguros contra el ejercicio arbitrario del poder y es la ley, en razón de sus características peculiares, quien está en condiciones especiales –sino exclusivas- de proveer esta seguridad.

Esta noción tiene una estructura peculiar. La pretensión central y estructural es el control del ejercicio del poder. Esto significa que es la ley quien persigue restringir previamente el ejercicio del poder (protección) y ofrecer medios para someter a quienes ejercen el poder después de actuar (revisión). Esta pretensión implica límites para la propia ley, en su forma y en su implementación y reclama un *ethos* como condición necesaria de realización del imperio de la ley.

El propio imperio de la ley está concernido con el ejercicio del poder en un sistema político. Este poder puede ser *político* (vertical) ejercido por los gobernantes sobre los gobernados o *social* (horizontal) ejercido por los miembros, individuales o colectivos, sobre otros miembros. Típicamente, el imperio de la ley es observado como *un modo de gobernanza*, una manera singular de ejercer el poder político. Sin embargo, en primera instancia indica una *forma de asociación*, una formación social peculiar, un procedimiento en el que los miembros del sistema político observan, reconocen y se identifican con los demás. Esta es la idea implícita en la demanda de que el imperio de la ley prevalezca en una comunidad en la que todos los miembros están sujetos a un conjunto de leyes generales<sup>2</sup> y, por tanto, son iguales ante la ley (o quizás, deberíamos decir *iguales en y a través* de la ley). Esto quiere expresar un importante hecho acerca del trato de los gobernantes sobre los gobernados –y de sus límites- pero también un hecho acerca de las relaciones entre los miembros de un sistema político y los compromisos implícitos en ellas.

El imperio de la ley promete protección y revisión contra el *arbitrario* uso del poder. Un uso del poder es arbitrario en un sentido relevante para el imperio de la ley si es expresión del *liberum arbitrium*, la libre decisión o elección, de su agente. Philip Pettit (1997: 55; 1999: 81) observa que “un acto es perpetrado de modo arbitrario (...) si el agente está en una posición en la que puede o no elegirlo, según le plazca”. El acto es arbitrario, incluso si es razonable, razonado o justificado, si es realizado enteramente por el deseo o el gusto de su agente. Poder arbitrario es poder unilateral. La única perspectiva relevante sobre la acción es la del agente; ningún otro lado o perspectiva requiere ser considerada. El poder arbitrario no es necesariamente falto de razones o imprevisible o incluso, en sentido estricto, ilegal sino que no tiene que rendir cuentas.

## 2. La tesis de la fidelidad

El centro de atención de la legalidad es formal e institucional pero el centro de la fidelidad es ético. Ésta está preocupada por el *ethos* de un sistema político; el entendimiento mutuo y las prácticas asociativas de la gente en una comunidad en la que se realiza el imperio de la ley. Para clarificar esta noción de fidelidad podemos

<sup>2</sup> Locke (1980) habla de “libertad de los hombres bajo un régimen de gobierno” como sometida a la condición de tener “una norma pública para vivir de acuerdo con ella; una norma común establecida por el poder legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad” (Locke, 1998: 9).

empezar con el argumento de Lon Fuller sobre el carácter moral de las ocho condiciones de la legalidad. Sostenía que el imperio de la ley presupone y alimenta un tipo de interdependencia y colaboración expresados en un conjunto de compromisos recíprocos entre gobierno y ciudadanos. Los gobernantes prometen gobernar con y ser gobernados por el Derecho y los ciudadanos, a su vez, guían su conducta por el Derecho y aceptan ser juzgados por las leyes administradas por aquellos que gobiernan bajo esta promesa. La idea de fidelidad de Fuller es de recíproco cumplimiento del Derecho.

Comentando a Adam Ferguson podemos ver la extensión de la idea de Fuller. Ferguson (1995: 249; 2010: 331) observó que la capacidad de la ley para regular descansa en “la influencia de hombres decididos a ser libres, de hombres que, al haber establecido por escrito los términos en los que pretenden vivir con el Estado y con sus conciudadanos, tienen la determinación de ejercer su vigilancia y su fuerza de espíritu para que se cumplan esas resoluciones”. Esto sugiere que la fidelidad se expresa no sólo en el cumplimiento de la ley y de los estándares de legalidad sino también en una activa asunción de responsabilidad en favor del imperio de la ley. En particular, implica asumir la responsabilidad de hacer cumplir a los demás miembros de la relación sus recíprocas obligaciones. La fidelidad implica un control mutuo así como un cumplimiento recíproco. Así, debemos considerar que el imperio de la ley no es (simplemente) un conjunto de estándares para hacer, aplicar y ejecutar la ley sino que también es un orden de relaciones de mutuo cumplimiento de una ley compartida y general y de las recíprocas responsabilidades respecto a ella. Entre estas responsabilidades está, en lugar destacado, la mutua responsabilidad de mantener a cada uno de los demás sometido a la ley. Esta tesis de la fidelidad mantiene que el imperio de la ley es fuerte en un sistema político justamente cuando sus miembros, y no simplemente la élite jurídica o dirigente, asumen la responsabilidad de mantener a cada uno de los demás sometido a la ley. Estos compromisos se mantienen no sólo entre el pueblo y el gobierno sino también entre los miembros de la comunidad. La fidelidad tiene una dimensión social-horizontal además de la política-vertical. Asimismo, de conformidad con la tesis de la fidelidad sostendré que el fin de las responsabilidades de la fidelidad es el conjunto de la comunidad. Las responsabilidades de la fidelidad son debidas *por todos* los que disfrutan de los beneficios de la ley *para todos* los que están sujetos a los límites de la ley. Podemos captar un sentido intuitivo de este *ethos* de la fidelidad considerando un intenso y pavoroso ejemplo de *infidelidad*<sup>3</sup>.

El Sur de Estados Unidos, desde finales de 1870 hasta los años sesenta del siglo pasado mantuvo, con soporte jurídico, un sistema de segregación racial denominado “Jim Crow”. Aunque en alguna de sus manifestaciones institucionales la segregación racial *Jim Crow* podía haber sido plausiblemente legal en su momento, la evidente, intencionada y públicamente humillante inequidad en el acceso a los servicios públicos de todo tipo no lo era; más aún, la violencia sistemática que reforzaba las prácticas de segregación *Jim Crow* no solo eran brutalmente injustas sino moral y jurídicamente criminales. La violencia en apoyo de la dominación racial que incluía violaciones, secuestros, amenazas y asesinatos era general; no actos aislados de granujas autónomos sino una generalizada y sistemática actividad que incluía a ciudadanos particulares que eran oficialmente tolerados, autorizados e instigados. Ninguna razón puede sostener que esas acciones violentas fuesen legalmente permitidas o que la protección prevista para los ciudadanos blancos no tuviese prevista su extensión a las víctimas negras. La violencia que acosaba a un específico grupo social con el evidente ánimo de asegurar y mantener su

<sup>3</sup> La descripción de las prácticas *Jim Crow* ofrecidas aquí son tomadas de Lyons (2008). La discusión en los párrafos siguientes remite a Postema (2010: 103-108).

subordinación a la comunidad se hacía mediante el uso de un poder arbitrario. Más aún, la ley era sistemáticamente ignorada o públicamente despreciada por los ciudadanos y por las autoridades a lo largo de todos sus niveles.

En el Sur del *Jim Crow* la ley no rendía cuentas. Había una manifiesta incongruencia entre la ley proclamada y la práctica tanto de ciudadanos como de autoridades. Las reglas informales de la cultura *Jim Crow* atribuían un poder arbitrario a los ciudadanos blancos y a las autoridades en desafío a la ley existente. Esto era el fracaso del Derecho: la ley no conseguía gobernar. Fracasaba, principalmente, no por un defecto de las normas o de los procedimientos jurídicos sino por un fracaso de la fidelidad. Fracasaba tanto en las dimensiones políticas como sociales del gobierno de las leyes. El imperio de la ley era truncado tanto por los agentes públicos como por los ciudadanos particulares y sus promesas eran denegadas a conciudadanos a quienes se les debían las obligaciones de la fidelidad.

Las prácticas *Jim Crow* ilustran la tesis de que la ley cumple su tarea de limitar el abuso de poder sólo cuando hay una cultura o *ethos* del imperio de la ley. Este *ethos* de fidelidad incluye no sólo la disposición general de someter al gobierno del Derecho y de respetar sus límites y exigencias sino también un compromiso activo de los ciudadanos y de las autoridades por someter a cada uno de los demás a sus responsabilidades ante la ley. Más aún, la historia de *Jim Crow* enseña que el imperio de la ley fracasa cuando el poder de revisión sólo sirve para satisfacer los intereses de aquellos que tienen el poder para lograr el sometimiento al mismo. Donde *Jim Crow* estuvo vigorosamente vigente, el Derecho no contaba y no regulaba las relaciones entre blancos y negros en la comunidad. Sin duda las autoridades y los ciudadanos en la comunidad blanca necesitaban ver su conducta como justificada a la luz de los estándares sociales existentes pero, entre ellos no estaba la ley. El compromiso de la comunidad blanca con el Derecho fallaba precisamente desde el momento en que su protección alcanzaba a la gente que ellos pretendían sojuzgar.

El gobierno de la ley fracasa cuando ella, o una parte relevante de ella, no es tomada en cuenta. Alienación, apatía y aceptación resignada de la corrupción minan la vitalidad del imperio de la ley. Sin embargo, debemos ser cuidadosos aquí. Un generalizado sentido de la irrelevancia de la ley en la vida ordinaria puede expresar un fracaso masivo de la fidelidad pero también podría manifestar un tipo diferente de fracaso del Derecho. En condiciones de pluralismo jurídico, ello puede expresar el fracaso del Derecho formal impuesto por el Estado para enraizarse él mismo en la comunidad que pretende gobernar. En comunidades donde esto es así, es posible que haya una robusta fidelidad que esté dirigida a otra general y pública aunque informal normativa. Recordemos que la fidelidad no es una cuestión de la mutua fidelidad al gobierno o al Estado o al Derecho estatal sino de la fidelidad de los miembros de la comunidad, cada uno respecto de los demás, respecto de algunas normas generales de regulación. Así, la general alienación del Derecho estatal en una comunidad puede no ser una señal de *anomía* y de fracaso de la fidelidad, sino una *polinomía* y compromiso con otras normas diferentes a las del Derecho estatal. En algunos casos, entonces, una caracterización más acabada de la comunidad podía ser que la *ley* impera pero es una *ley diferente* la que impera.

Sin embargo, esto no parece que haya sido el caso en la época del *Jim Crow*. Es cierto que los ciudadanos blancos ignoraban o desobedecían desafianteamente a la ley que prometía a todos los ciudadanos protección contra la violencia. Ellos la trataban como irrelevante en su comportamiento y en sus juicios de las conductas de sus vecinos en la medida que ella fuera aplicada y protegiera a

los ciudadanos negros. En algunos aspectos, ellos seguían un código informal que sostenía y apoyaba la opresión racial. Sin embargo, su conducta manifestaba un fracaso masivo de la fidelidad. Los ciudadanos blancos no estaban alienados por la ley en general, más bien rechazaban desafiantes reconocer su aplicación a aquellos conciudadanos a quienes buscaban oprimir. El Derecho frasó en regir porque cuando se necesitó que hiciese buena su promesa de proteger a los gobernados por él, aquellos obligados con los demás en realizar esfuerzos vigilantes por mantenerlo frasaron en asumir seriamente sus responsabilidades. El imperio de la ley frasó no porque el gobierno de la ley frasase al enraizarse en la comunidad sino más bien porque los miembros de la comunidad blanca frasaron en asumir seriamente sus responsabilidades respecto a esa ley, responsabilidades que obligaban a todos los miembros de su comunidad.

### **3. Fidelidad e imperio de la ley: La necesidad de la recíproca rendición de cuentas**

El imperio de la ley insiste en que cualquier ejercicio del poder en el sistema político, incluyendo cualquier acto de someter a alguien al control del Derecho, debe estar sometido a la ley. El agente de la ley debe justificarse en la ley para actuar así; una justificación que le habilita una posición de ejercicio de poder sobre los demás y (típicamente aunque no en todo caso) le provee de valores que guían ese ejercicio del poder.

Igualmente, se espera que cualquiera que esté sometido al ejercicio del poder así autorizado lo obedezca, esto es, no sólo que lo cumpla sino que también actúe en correspondencia y reconocimiento de la justificación. La relación entre las partes es esencialmente normativa, está definida por la ley. La ley no sólo gobierna a cada parte sino que cada una de ellas también está sometida a la ley y estar sometida a la ley -la que autoriza a someter a otro a control- supone necesariamente ser objeto de escrutinio por los demás participantes en el sistema de rendición de cuentas. La tesis central de este trabajo –la *tesis de la fidelidad*- es que someterse al imperio de la ley es someterse a un sistema de recíproca rendición de cuentas.

El primer paso que debemos dar en defensa de la tesis de la fidelidad es probar la *Tesis de Hobbes*. En el curso de su argumentación sobre que el soberano no puede estar sometido a la ley civil, Hobbes (1996; en el capítulo 29, par. 9) sostiene una propuesta esencial en defensa de la tesis de la fidelidad. Mantiene que quien pone la ley por encima del soberano también pone a un juez por encima de él. Comprometerse con la ley, desde la perspectiva de Hobbes, es precisamente asumir un compromiso respecto de los demás y, así, permitir que uno mismo esté sujeto al control de los otros. Sin embargo, Tomás de Aquino (Aquinus, 2006; en la II<sup>a</sup>-IIae, q. 96, a. 5, ad. 3) argumentaba la tesis contraria consistente en que a pesar de que el gobierno del soberano no está exento del *poder directivo* de la ley, está exento del *poder coercitivo* (y, presumiblemente, de un control más general). La tesis de Aquino es que uno puede estar sujeto a la ley pero no tener que rendir cuentas ante otro juez. Deberíamos reconocer, sin embargo, que uno que pretende sometimiento a la ley pero rechaza ser sometido a control por los demás pretende la posición exclusiva de juzgar la propia interpretación de su aplicación a los casos particulares. Teniendo esto en cuenta, debemos rechazar la tesis de Aquino. Debemos rechazarla no porque las autolimitaciones son psicológicamente imposibles, ni porque uno puede coaccionarse a sí mismo sino porque la noción de posición exclusiva para juzgar la validez y aplicación de una norma implica una contradicción.

Para exponer la contradicción supongamos que alguien pretende poner a otra persona a rendir cuentas y, en ese sentido, ejerce autoridad sobre esa persona. Hacer eso es pretender actuar con la justificación de alguna ley y pretender actuar con la justificación de alguna ley es formular un juicio complejo, P, sobre el efecto de que la propia acción se adecúa correctamente a alguna norma jurídica y que esa norma es, en algún sentido relevante, válida o vinculante para uno. Tal que un *juicio*, P apunta más allá de la persona que formula el juicio hacia la cuestión que es juzgada; pretende ser un juicio de esa cuestión (la relación entre la conducta de la persona, la norma y algún fundamento de validez de la norma). Esto es decir que P supone necesariamente *trascender al formulador del juicio*. Por consiguiente, juzgar que el acto propio está justificado es, necesariamente, pretender una justificación auto-trascendente. No obstante, pretender simultáneamente una posición exclusiva para juzgar la cuestión es, en efecto, decir que uno está diciendo ("juzgando") que lo hace así; es un *ipse dixit* como le gustaba decir a Bentham. Esto es negar la pretensión implícita en el juicio de trascender al formulador del juicio. Así, negar la capacidad de los demás para evaluar los propios juicios, para juzgar los juicios de uno mismo, es simultáneamente pretender y denegar una justificación auto-trascendente.

De esta manera, los juicios autovalidados no son simplemente juicios falsos, son juicios fallidos, aseveraciones que fracasan como juicios. Así, la sumisión a la ley no puede nunca ser cuestión de autoimposición o de autoautorización: la autoautorización es autorización fallida. El problema no es que no podemos contar con estos agentes hasta el final porque sus autodeclaraciones o sus autojuicios sean eludibles, sino más bien porque hay una contradicción entre las reclamaciones explícitas e implícitas hechas por tal presunta autoridad. Ser únicamente autocontrolable es ser incontrolable por nadie. Así, debemos rechazar la tesis de Aquino y asumir la tesis de Hobbes: estar sometido a la ley implica que uno rinde cuentas a los demás. Un incontrolable sometido a control es una contradicción en los términos.

Kant (1996: 323, énfasis suprimido; 1998: 16) llevó la tesis de Hobbes más lejos cuando escribió: "nadie puede imponer a otro una obligación jurídica sin someterse él mismo también a la ley y poder ser, de la misma manera, obligado a su vez". De acuerdo con la tesis de Kant, estar sometido a la ley es, necesariamente, estar sometido a recíproca rendición de cuentas. La tesis de la fidelidad implica una versión modificada de la tesis de Kant. De conformidad con esta *tesis de Kant revisitada* asumida por la tesis de la fidelidad, una parte A está en una posición o tiene un estatus para obligar a otra parte, S, y someter a S a rendición de cuentas de su obligación sólo si A está también sometido a un sistema de rendición de cuentas por otros entre los que S también participa.

El argumento tesis de Kant surge del dilema al que nos lleva la tesis de Hobbes. Observe, primero, que uno puede asumir la tesis de Hobbes pero rechazar la de Kant. Esto es posible porque una parte podría someter a otra parte sin que la primera fuera recíprocamente controlable por esa parte (directa o indirectamente). Las relaciones de rendición de cuentas podrían vincularse de una manera transitiva pero no reflexiva: uno podría ser controlable por B; B por C, C por D y así en adelante. De hecho, Hobbes pensaba que éste debía ser el caso porque desde su punto de vista, estar sometido al Derecho es estar sometido (esto es, rendir cuentas) a otro y estar sometido a otro es estar *subordinado* a ese otro. Desde su punto de vista, las relaciones de rendición de cuentas son necesariamente transitivas y no reflexivas y, por tanto, *jerárquicas*. Pero en relación con las cadenas de rendición de cuentas hobbesianas afrontamos dos opciones: o bien la serie prosigue infinitamente o se detiene en algún punto. Una serie infinita puede ser un absurdo

conceptual o, al menos, práctico. Así, Hobbes (1996 -en el capítulo 29, par. 9-; 1998 -en el capítulo 6, par. 18-) argumenta que estamos obligados a aceptar la otra opción: las series deben terminar en algún punto.

Pero esto supone sostener que toda cadena de relaciones de rendición de cuentas debe terminar en algún controlador incontrolable. Hobbes asume este resultado concluyendo que soberano gobernante *no puede* estar sujeto a la ley civil. Pero este no es un resultado satisfactorio y no podemos asumirlo coherentemente porque la noción de controlador incontrolable es incoherente. Por supuesto, no es incoherente o imposible para quien esté fuera del nexo sometimiento a control y ejercicio arbitrario del poder coercitivo, pero es imposible para alguien pretender *someter a otro a control* y que reclame ser incontrolable. A mi modo de ver, pretender someter a otro a control es pretender participar en una relación de rendición de cuentas normativamente estructurada y pretender la justificación de la propia sujeción a rendir cuentas en alguna norma presupuesta por esa relación, una norma a la que uno está, por tanto, sujeto. Pero estar sometido a un norma, como hemos visto, es rendir cuentas a otro. Un controlador incontrolable no es algo que temer; es estrictamente imposible.

Hemos visto que un controlador incontrolable es un absurdo conceptual. O bien un controlador incontrolable no formula la reclamación de actuar justificadamente y, por tanto, es realmente incontrolable o bien reclama actuar justificadamente. Pero si no pretende actuar justificadamente, no somete a los otros a control; simplemente ejerce poder coactivo. No es un controlador incontrolable sino un *manipulador del poder* incontrolable. Si el “último” controlador pretende justificación, pretende estar sometido a la norma que fundamenta su justificación. Pero entonces no puede (lógicamente) ser incontrolable. El imperio de la ley es posible sólo donde los controladores son ellos mismos controlables.

Así, la tesis de Hobbes conduce a un absurdo (una infinita serie de relaciones de control) o a otro (un controlador incontrolable). Pero no tiene por qué ser así. Estamos obligados a esos resultados absurdos sólo si aceptamos la implícita *Tesis de la Jerarquía* de Hobbes; la perspectiva de que estar sometido a otro es estar *subordinado* a ese otro y, por tanto, que las relaciones de rendición de cuentas son necesariamente transitivas y no reflexivas. Podemos evitar la incoherencia asumiendo una versión modificada de la Tesis de Kant: si el imperio de la ley es conceptualmente posible, la rendición de cuentas debe ser, como mínimo, *recíproca*. La sumisión de S a A no excluye la sumisión de A –directa o quizá indirectamente– a S. Puede no ser el caso que A rinda cuentas *recíprocamente* a S, pero A y S deben participar en lo que podríamos denominar una *órbita de rendición de cuentas* o una *red de rendición de cuentas*. Así, el imperio de la ley requiere la sumisión de todos los miembros de un sistema político –autoridades de todos los niveles al igual que los ciudadanos– a la ley pero ahora vemos que implica que todos se someten a y participan en una red de reciproca rendición de cuentas. Esto es, precisamente, lo que la tesis de la fidelidad sostiene. Sin embargo, no es todo lo que sostiene.

#### **4. La responsabilidad por el todo: La ética de la fidelidad**

Más allá de esta red de reciprocidad, la tesis de la fidelidad sostiene que cada miembro de esa comunidad regida por la ley, soporta la responsabilidad activa de someter a los demás miembros de la misma a rendir cuentas bajo una ley general. La fidelidad hace potente la pretensión de que en una comunidad caracterizada por un sólido imperio de la ley, la rendición de cuentas es un poder normativo de carácter comunicativo –esto es, un poder normativo distribuido y

compartido- y de que con la posibilidad de someter a los demás a control proviene la responsabilidad de hacerlo. La tesis de la fidelidad sostiene que todos los miembros de la comunidad *tienen la responsabilidad recíproca* de ejercitar ese poder. El compromiso con la ley, la recíproca sumisión al gobierno del Derecho, implica asumir la responsabilidad de comprometerse en esta distintiva práctica del imperio de la ley. Esta es una obligación que cada miembro debe a cada uno de los demás miembros y a todos: es recíproca y general.

El argumento para esta última parte de la tesis de la fidelidad procede de dos presunciones. La primera es que el poder normativo y la carga correspondiente de sometimiento a rendición de cuentas, está conjunta y necesariamente ligado a la responsabilidad del detentador del poder para ejercer este poder (por supuesto, en un sentido adecuado y en las circunstancias adecuadas). La segunda es que el impulso moral que subyace y estructura la fidelidad -protección segura y recursos contra el ejercicio arbitrario del poder mediante el instrumento del Derecho- es dirigida a un bien público que puede ser realizado solamente mediante esfuerzos cooperativos de ámbito comunitario.

El hecho de que el poder de pedir cuentas esté unido a una responsabilidad de ejercitárselas se deriva de que esté de acuerdo con la dicha situación de pedir cuentas. Teniendo en cuenta que esa situación es una actuación bilateral, o multilateral, y que tiene éxito si está de acuerdo con la aceptación del agente a quien se le ofrece. Además, el objetivo de acordar la posición de someter a alguien a rendición de cuentas se encuentra sólo si uno puede tener alguna expectativa razonable de que uno será sometido a rendición de cuentas por el interlocutor con quien se está acordando la posición. Así, el vínculo que se está ofreciendo debe incluir la responsabilidad de parte del otro interlocutor para ejercer el poder ofrecido. Esto está asegurado por el hecho de que el objetivo de cualquier persona al acordar tal estatus con otro está enraizado en el objetivo de una recíproca sumisión al gobierno de la ley, precisamente, la realización de la protección contra el ejercicio arbitrario del poder. Parafraseando a Ferguson, sólo mediante la vigilancia y el espíritu de los ciudadanos resueltos a ser libres y a vivir juntos bajo leyes comunes que gobiernen sus relaciones comunes y públicas pueden ellos esperar que los términos de esas leyes serán observados. Fidelidad a la ley es cuestión de compromiso por asumir la responsabilidad de someter a los demás a rendición de cuentas bajo esta ley común.

Además, la fidelidad-responsabilidad de cada uno es adeudada a *cada uno* de los miembros de la comunidad debido al hecho de que el bien de un sólido imperio de la ley es esencialmente un bien *público* cuyos beneficios sólo pueden ser alcanzados mediante cooperación. El mantenimiento del gobierno del Derecho es una empresa cooperativa; los esfuerzos de uno pueden contribuir a la empresa pero su éxito dependerá también de los esfuerzos cooperativos dispuestos por los demás. Podemos pensar en dos vías sobre las implicaciones de esta comprensión del imperio de la ley como un bien público: por la dirección y por el objetivo de la fidelidad-responsabilidades. Ambas son perspectivas complementarias más que competitivas sobre el bien del gobierno de la ley y articulan la empresa de realizarlas.

La perspectiva del *fair-play* contempla los esfuerzos vigilantes por someter a quienes ejercen el poder controlado bajo la ley como una empresa paradigmáticamente cooperativa para el beneficio mutuo. Visto en esta perspectiva, las responsabilidades de fidelidad son responsabilidades de hacer la parte propia en común -empresa cooperativa-, responsabilidades debidas a cada uno de los demás como miembros semejantemente comprometidos y obligados. Compartir las cargas

del gobierno de la ley incluye atender la propia tarea en una empresa cooperativa de sometimiento a rendición de cuentas. Cada uno asume esta obligación y es legítimamente debida a cada uno de los demás. También podemos ver esta empresa desde un ángulo diferente.

La perspectiva de la *solidaridad* es propuesta por un escritor hugonote del siglo XVI autor de la *Vindiciae Contra Tyrannos*. En la perspectiva del autor, el convenio de recíproca obligación y control entre el rey y el pueblo se originaba con la forma de un convenio entre Dios y estas dos partes. Mientras que el rey era requerido para cumplir sus obligaciones de piedad y de rectitud con el pueblo, Dios reconocía que dejar al rey incontrolable era “arriesgado” y así Dios también empoderaba al pueblo para “intervenir como garante”. Cada compromiso, con Dios y con el otro, era “conjunta y no separadamente” e “igualmente obligados de forma solidaria”. Así como “los prestamistas que tratan con clientes poco fiables: que estén obligados varios a pagar juntos una misma suma, de forma que dos o más se constituyan en deudores del mismo préstamo y que pueda exigirse el pago del total a cualquiera de ellos como si fuera el deudor principal”<sup>4</sup>. Inspirada en la doctrina romanística de la responsabilidad solidaria por deudas, el autor argumentaba que Dios daba a cada uno una posición (y motivación) para someter al otro bajo el control de las leyes de Dios de piedad y rectitud mediante la exigencia de compromiso de cada uno de ellos en relación con el todo. Cada uno estaba “igualmente obligado(s) de forma solidaria” (Junius Brutus, 1994[1579]: 38; 2008: 46).

Por analogía, podemos argumentar que el bien público de protección contra el ejercicio arbitrario del poder prometido por el gobierno del Derecho exige un multilateral compromiso conjunto entre los miembros de la comunidad “de cada uno por el todo”. El bien buscado es público y es así un bien para cada uno y por ello para todos. La responsabilidad de cada uno es, ante todo, responsabilidad por el todo en ese sentido pero ya que el todo sólo puede ser conseguido mediante los esfuerzos cooperativos de los miembros, cada uno es, primero, obligado a *hacer la parte de uno* y, segundo, obligado también *por la de otro*, esto es, obligado a fomentar y empoderar a cualquier otro y, cuando sea necesario, a someterle a control. Por consiguiente, desde esta perspectiva solidaria, cada uno está obligado *con* cada uno de los otros y *por* cada uno de ellos.

La perspectiva de solidaridad tiene una importante implicación. Ya que las responsabilidades de fidelidad son responsabilidades para participar en una empresa cooperativa, estarán limitadas hasta un cierto punto por una fiable participación de los demás. Esto es, las obligaciones son, en un aspecto importante, condicionales. *Fiat fidelis ruat caelum* no es un principio racional, al menos en este contexto. Intentar someter a los demás a rendir cuentas ante la ley en casos de infidelidad masiva y recalcitrante es fútil; no puede ser parte de una actividad cooperativa; los participantes no pueden razonablemente albergar esperanzas de conseguir su propósito. Sin embargo, por la misma razón, la mera existencia o perspectiva de infidelidad por parte de los otros no socava el deber de fidelidad. La razón para ello es que, desde la perspectiva de la solidaridad, la participación de los otros en la empresa cooperativa no es simplemente un hecho dado exógenamente. Más bien, la fidelidad-responsabilidad de cada uno se extiende a los esfuerzos por fomentar, habilitar y empoderar a los otros a participar, a tomar sus

<sup>4</sup> Este texto fue publicado por primera vez en Basilea (1579) en latín y francés bajo el seudónimo Stephanus Junius Brutus. Una edición facsímil de la traducción inglesa de 1689 por William Walker está disponible en línea en <<http://archive.org/details/vindiciaecontrat00lang>> y en versión impresa en EEBO Editions. N.T. La versión española más actualizada es Junius Brutus (2008).

correspondientes responsabilidades en serio. La responsabilidad por fomentar, habilitar y empoderar permanece sólida ante la existencia de infidelidad.

Así, las obligaciones de fidelidad no son absolutas. Están limitadas hasta cierto punto por la participación de los demás. También están limitadas en otros dos aspectos. Primero, pueden invalidarlos en casos particulares otros deberes de decencia, justicia o respeto por los derechos. Segundo, consideraciones de adecuación temporal, espacial y formal originadas en un último propósito de protección contra el ejercicio arbitrario del poder constriñen el ejercicio de la fidelidad-responsabilidad. Cualquier ejercicio que se proponga de rendición de cuentas que sea incompatible con dicho propósito o que no pueda ser visto como contribución a su promoción debe ser rechazado.

Desde cada una de esas perspectivas se sigue que el alcance de la preocupación por la fidelidad-responsabilidad es de toda la comunidad. Es así porque es una obligación de cada uno hacer su parte en apoyo, promoción y protección de un bien público, no se limita a ejercer el control sólo para el propio beneficio. Igualmente, la responsabilidad por el todo implica responsabilidad para todos aquellos que tienen un derecho a participar en los beneficios del todo. En la compresión del imperio de la ley de la comunidad jurídica articulada aquí, la sujeción al Derecho incluye participación en una membresía cívica con mutuos beneficios y cargas. Sujeción a sus obligaciones y responsabilidades implica el recíproco beneficio de su protección. Desde esta perspectiva, no hay carga de cumplimiento sin beneficio de la protección de la ley. Pero el argumento que hemos impulsado implica que las protecciones prometidas deben ser aseguradas por una red de rendición de cuentas. Así, la fidelidad-responsabilidad de una persona o de un grupo no está limitada al aseguramiento de los beneficios de la ley para tal persona o tal grupo sino que más bien se extiende a todos aquellos que están incluidos en el ámbito de las exigencias de la ley y, por tanto, de su protección.

Por esta razón, el fracaso de los ciudadanos blancos en el Sur de *Jim Crow* por someter a sus autoridades y demás miembros de esa comunidad al control de las leyes que pretendían proteger a los negros al igual que a los blancos fue un fracaso de la fidelidad. Las obligaciones de fidelidad de los miembros de la comunidad blanca no se limitaban a la comunidad blanca. Sometidos al gobierno de la ley estamos como señalaba Martin Luther King Jr. (2010: 85-86) “atrapados en una inevitable red de reciprocidad”. En este sentido adicional estamos obligados con cada uno de los demás y con el todo.

## 5. Conclusión

He argumentado que una plena comprensión de las dimensiones y demandas del imperio de la ley implica atender no sólo al cumplimiento del sistema jurídico con los estándares de legalidad sino también con la solidez de un *ethos* de fidelidad. El Derecho puede existir en una comunidad y puede ser usado por los gobernantes en un *ethos* de corrupción y de alienación del pueblo pero el Derecho puede regir genuinamente sólo cuando está firmemente asentado en una comunidad de recíproca fidelidad ante las diferentes pero conexas responsabilidades de la fidelidad a la ley cuando los agentes de la ley de todos los niveles están sujetos a rendir cuentas por el cumplimiento de sus deberes ante la ley y cuando los ciudadanos estructuran su asociación civil mediante la ley y sujetos a cada uno de los demás al control en los términos públicos que habilita la ley. Sólo entonces el imperio de la ley actúa de conformidad con su promesa de proveer protección y recursos contra el arbitrario ejercicio del poder.

## Bibliografía

- AQUINAS, T. (2006), *Summa Theologiae*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1989), *Suma de teología*, Tomo III (Parte II-IIa), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- FERGUSON, A. (1995[1767]), *An Essay on the History of Civil Society*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FERGUSON, A. (2010), *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, Akal, Madrid.
- HOBBS, T. (1996[1651]), *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford.
- HOBBS, T. (1980), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Editora Nacional, Madrid.
- HOBBS, T. (1998[1647]), *On the Citizen*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HOBBS, T. (2010), *De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, Alianza Editorial, Madrid.
- JUNIUS BRUTUS, S. (1994[1579]), GARNETT, G. (ed.), *Vindiciae contra Tyrannos*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JUNIUS BRUTUS, S. (2008), *Vindiciae contra Tyrannos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo*, Tecnos, Madrid.
- KANT, I. (1996), “Perpetual Peace,” *Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KANT, I. (1998), *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid.
- KRYGIER, M. (2011), “Four Puzzles About the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?”, in FLEMING, J.E. (ed.), *Getting to the Rule of Law: NOMOS L*, New York University Press, New York.
- LOCKE, J. (1980[1690]), *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing, Cambridge.
- LOCKE, J. (1998), *Segundo Tratado del Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid.
- LUTHER KING Jr., M. (2010), “Letter from the Birmingham Jail”, *Why We Can’t Wait*, Beacon Press, Boston.
- LYONS, D. (2008), “The Legal Entrenchment of Illegality”, en KRAMER, M. et al. (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- MILLER Jr., F.D. (2010), “The Rule of Law in Ancient Greek Thought,” en SELLERS, M. y TOMASZEWSKI, T. (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer, Dordrecht.
- PETTIT, P. (1997), *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford.
- PETTIT, P. (1999), *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona.
- POSTEMA, G.J. (2010), “Law’s Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality”, *Boston University Law Review*, Vol. 90, pp. 1847-1868.



## La nueva reforma penal de 2013\*

Francisco Javier Álvarez García

Universidad Carlos III de Madrid

[falvarez@der-pu.uc3m.es](mailto:falvarez@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

El autor aborda el estudio de algunas de las líneas de política criminal que gobiernan el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013 y que actualmente está sometido a trámite de aprobación en el Congreso. Lo hace partiendo de la idea de que la reforma obedece, en buena medida, a una política de endurecimiento penal para satisfacer a algunos de los sectores sociales que entiende el Gobierno le pueden resultar más rentables electoralmente, así como para mantener sus apoyos políticos y empresariales.

16

### Palabras clave

Reforma penal, orden público, seguridad ciudadana, prisión permanente (cadena perpetua), malversación de caudales públicos, supresión del Libro III.

## New Reform of Spanish Criminal Code in 2013

### Abstract

The author analyses criminal policy guidelines of the Criminal Code Reform Project of 2013 now under law-making process. The main thesis is to reform looks for tightening criminal regulation in order to satisfy preferences of some social and business groups that give electoral advantages to the government political party.

### Keywords

Criminal Law reform, public safety, public security, life sentence, embezzlement, abolition of Criminal Code's Book III.

\* En homenaje a quien fuera mi muy querido amigo y Maestro, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid.

## 1. El contexto

El nuevo Proyecto de reforma del Código Penal preparado por el Gobierno<sup>1</sup>, sólo es posible comprenderlo en el contexto económico y social que se vive en España; y no me refiero solamente, que también tal y como se verá más adelante, a la actual crisis económica que ha arrojado a la pobreza a centenares de miles de conciudadanos, sino al proceso que iniciado hace ya tres décadas ha conducido a desapoderarnos a los ciudadanos de buena parte de nuestros “bienes comunales”. En efecto, la riqueza nacional (la financiera, energética<sup>2</sup>, industrial, de comunicaciones, transporte, educativa, suelo, etc., etc., y en los últimos años la sanitaria y, por fin, la de seguridad pública) ha venido siendo privatizada desde los años 80, y muy acentuadamente entre los años 1996/2004 y en la actual legislatura, y ello se ha llevado a cabo, fundamentalmente, con el argumento de la mayor eficiencia teórica de la gestión privada sobre la pública, la modernización de la gestión, la transparencia y el abaratamiento del mercado para los consumidores como consecuencia de la competencia.

En realidad, y como bien sabemos, la finalidad no era la anunciada sino que consistía simplemente en el enriquecimiento de las clases económicamente más poderosas acudiendo a una alianza entre éstas y la nomenclatura que ha tenido como consecuencia un saqueo, que no cesa, de la riqueza del Estado y de los ciudadanos, incluso de la particular de cada ciudadano (los desahucios son un claro ejemplo de esto último). Además, y por supuesto, se ha demostrado que la gestión privada es más ineficiente y que en no pocos casos ha llevado a la quiebra (o ha “obligado” a malvender o a acudir al Estado a “rescatar”) a las empresas que previamente se habían privatizado: los ejemplos de las autopistas de peaje o de

<sup>1</sup> Elaborado por, se supone, juristas de identidad desconocida. Esta costumbre de ocultar la autoría, parapetándose detrás de ésta o aquélla Administración se corresponde, seguramente, con el hecho de estar avergonzado por lo efectuado y no atreverse a afrontar una discusión pública sobre la labor hecha. Esto no ha sido, ni mucho menos, siempre así: las grandes reformas penales de la democracia llevan nombres y apellidos, y sus autores (Quintero Olivares, Muñoz Conde, Gimbernat Ordeig, González Cussac...) las han defendido y explicado, y se han sometido a las críticas. Eso es, además, lo que se corresponde con un régimen democrático, pues a éste le es inherente la transparencia, el saber quién y para qué, y con qué fundamento se hacen las cosas. Sólo cuando hay algo (o mucho) que ocultar los autores se esconden: seguramente habrá que acabar legislando en materia de autoría, complicidad y, sobre todo, encubrimiento de reformas legales.

<sup>2</sup> En el caso de la energía eléctrica –y escojo este sector como paradigma de todo lo sucedido- se ha tratado de algo más que de una privatización. En efecto, como bien se recordará las empresas eléctricas han tenido siempre en nuestro país un enorme peso económico, de lo que ilustró suficientemente una recordada obra de Ramón Tamames (1960) que se constituyó en una de las “biblias” intelectuales de la oposición a la Dictadura. Pues bien, en esta ocasión no ha bastado con la entrega absoluta por parte del Estado a las empresas privadas del control sobre la producción y distribución de la energía (véase la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico, donde en una inolvidable Exposición de Motivos se aseveraba: “El suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad...”, y a renglón seguido “No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento... La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas...”, sino que se inventaron un “déficit tarifario” que acumula cifras multimillonarias de deuda (en verdad inexistente) a favor de las eléctricas y que implica una subvención permanente que los ciudadanos “conceden” a esas empresas (deuda que se ha “blindado” gracias a su “titulización”). Pero donde la crueldad y la absoluta falta de ética, en estos años de verdadera penuria, ha escalado las más altas cumbres, es en la guerra contra el fraude eléctrico que el Gobierno acaba de lanzar, y que está dirigido a reprimir a aquellos que se “enganchan” ilegalmente a las redes eléctricas o manipulan los contadores (mayoritariamente los pobres de solemnidad); pues es verdad que esta conducta es ilegal (y a veces incluso puede ser delictiva), pero dirigir en estos momentos la represión contra aquellos que acuden al fraude eléctrico para iluminar sus hogares (con las excepciones que se quiera) es verdaderamente desvergonzado (véanse los artículos 14.8 c), III, 30.2 z) ab) y 40.2 s) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico).

nuestra flamante “compañía de bandera” (Iberia), son suficientemente explicativos a este respecto.

Naturalmente, y además, se ha producido un notable encarecimiento de los precios en esos sectores en los que la libre competencia iba a producir, se alegó, un ajuste a la baja de las tarifas<sup>3</sup>; lo que se ha traducido en unas mayores dificultades para los sectores más desfavorecidos (cada vez más amplios en su número y en la calidad de sus “necesidades”) para acceder a servicios esenciales.

Todo esto se ha llevado a cabo con auténtica demostración -por parte de los responsables políticos- de una verdadera y sincera vocación por la corrupción, lo que se ha plasmado tanto por el Legislativo (la reforma de diciembre de 2012 de la ley de financiación de los partidos políticos es, en este sentido, paradigmática) como por los teóricos órganos de control (no sólo la demostrada inutilidad del Tribunal de Cuentas, sino que desde las instancias del poder no se ha dudado en reclamar la supresión de los órganos fiscalizadores autonómicos “ante las dificultades económicas del momento”, y justo cuando la corrupción de las administraciones está más en evidencia<sup>4</sup>), o en la gestión ordinaria (sólo hay que abrir los periódicos cualquier día para encontrar múltiples ejemplos<sup>5</sup>).

## 2. Las grandes líneas de política criminal de la reforma penal

Pues bien, todo lo hasta aquí expuesto ha dado lugar a una protesta social creciente en España, que se ha traducido en importantes movimientos destinados a evitar el lanzamiento de los ciudadanos de sus viviendas por no poder afrontar la deuda con los bancos<sup>6</sup>, duras huelgas protagonizadas por los trabajadores de diferentes sectores públicos que están siendo privatizados, paros en las empresas para enfrentar disminuciones salariales y de plantilla abusivas, enfrentamiento

<sup>3</sup> En este caso, y una vez más, es el estratégico sector eléctrico el que más alzas ha protagonizado (más de un 75% en los últimos diez años), y ello a pesar de que la producción de energía eléctrica ha aumentado más que considerablemente, de que sus fuentes de generación se han multiplicado (con la poderosa introducción de la eólica), de que las estructuras más costosas –hidráulica y nuclear- ya están amortizadas, y de que hay considerables excedentes de producción.

<sup>4</sup> Por todos véanse las intenciones expresadas en este sentido por la Presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en su discurso sobre el Estado de la región celebrado en septiembre de 2013 (donde se ufanó de haber suprimido el Defensor del Pueblo, el Consejo Económico y Social y la Comisión Regional de la Competencia; es decir: todos los órganos que de alguna manera podían ejercer algún control sobre las actividades políticas, administrativas y económicas; y ello se hace, justamente, en el momento en el que se están denunciando –y con procedimientos judiciales abiertos- múltiples casos de corrupción en la región, alguno de los cuales afecta a la propia Presidente). Al respecto ver: <http://www.clm24.es/articulo/economia/cospedal-anuncia-supresion-sindicatura-cuentas-clm/20130905125932020511.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>5</sup> Véase un curioso listado (que sólo abarca a algunos de los casos más llamativos) en [http://wiki.15m.cc/wiki/Lista\\_de\\_casos\\_de\\_corrupci%C3%B3n](http://wiki.15m.cc/wiki/Lista_de_casos_de_corrupci%C3%B3n). Revisado el 28 de febrero de 2014. En este sentido resulta también muy ilustrativo un estudio publicado por investigadores del Departamento de Geografía de la Universidad de La Laguna (Jerez Darías, Martín Martín y Pérez González (2013).

<sup>6</sup> Resulta llamativo, por otra parte, que el Banco “malo” (Sareb) creado para gestionar los activos tóxicos de las entidades financieras que han sido reflotadas gracias al dinero público, y que en realidad está sirviendo como regulador para evitar la caída de los precios de los inmuebles en beneficio de los bancos, que son los grandes propietarios de suelo y construcción, está poniendo a disposición de fondos internacionales (buitres) el patrimonio que administra gracias a la referida inyección de dinero público. Al respecto, <http://www.expansion.com/2013/12/30/empresas/inmobiliario/1388421006.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014. En este mismo sentido algunas administraciones públicas (como la Comunidad Autónoma de Madrid), están entregando a fondos de inversión (y a bajo precio) las viviendas sociales construidas por la Administración con fondos presupuestarios, y sin molestar en ofrecer los mismos a los concretos particulares que las habitan en régimen de alquiler social, lo que ha producido un considerable malestar social. Ver [http://www.eldiario.es/economia/PAH-IVIMA-viviendassociales\\_0\\_194231043.html](http://www.eldiario.es/economia/PAH-IVIMA-viviendassociales_0_194231043.html). Revisado el 28 de febrero de 2014.

generalizado de los más jóvenes antes sus nulas expectativas laborales y sociales - caso del Movimiento 15 M-, distintas "mareas" (Sánchez, 2013), y un largo etcétera.

Obviamente el Gobierno, impulsor de esa política que no sólo desmonta el Estado del Bienestar sino que implica un "golpe de mano" contra el pacto social, trata de acallar esas protestas y amordazar a los ciudadanos; y como continúa con actuaciones que tienden cada vez más al empobrecimiento de las masas populares, lo que provoca más enfrentamientos, únicamente le queda como salida reprimir la protesta social y endurecer una legislación cada vez más antidemocrática. Es precisamente a estos planteamientos a lo que responde la primera de las líneas de la actual reforma del Código Penal (delitos de atentado, resistencia y desobediencia, y desórdenes públicos) y las de las leyes de Seguridad Ciudadana y Seguridad Privada (así como las propuestas de modificación o de elaboración de otras normativas, como una ley de huelga –obviamente con objeto de limitar el derecho<sup>7</sup>–, modificaciones a la de asociación, etc.)<sup>8</sup>.

Pero, además, esta política de amordazamiento de los ciudadanos la afronta el Gobierno con un nuevo modelo: la privatización de la seguridad pública, lo que no significa más que coherencia con el resto de la política de privatizaciones a la que he hecho mención más atrás (eléctrica, financiera, sanitaria...); lo único que tiene de peculiar es que, en este caso, se trata de la gestión de derechos fundamentales en su conjunto (lo que ex artículo 104 CE está encomendado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) y de un problema de cesión de soberanía (la admisión de empresas extranjeras para ordenar y administrar el núcleo duro de los derechos fundamentales, por medio de su incorporación al mercado de la seguridad en España a través de compañías privadas de seguridad).

19

La segunda gran línea de política criminal se corresponde con la lucha contra la corrupción, que es la verdadera reina de todo el proceso de desapoderamiento económico al que me acabo de referir; mas esa lucha contra la corrupción, y a diferencia del caso anterior, se trata de mero populismo punitivo<sup>9</sup>. Es decir, cuando se quiere reprimir, seriamente, la protesta social no sólo se acude a la reforma del Código Penal sino a la de las leyes administrativas correspondientes (las ya anotadas de seguridad ciudadana y privada), y se aprestan todas las estructuras del Estado a esos objetivos (incluida la compra de nuevo material antidisturbios); sin embargo, cuando se pretende únicamente cumplir "sobre el papel", no se modifican –en este caso– los mecanismos de control sobre la actividad administrativa y política donde aflora la corrupción (antes al contrario, pues como se ha visto se están suprimiendo los tribunales de cuentas, las comisiones de control o los defensores del pueblo<sup>10</sup>). De esta forma, y con independencia de su desacuerdo técnico, la

<sup>7</sup> La pretensión es la de que los trabajadores hagan "huelgas civilizadas", eliminar los "piquetes", imponer el respeto a los servicios mínimos; es decir, convertir la huelga en fraternal excursión escolar celebrada en alegre día festivo.

<sup>8</sup> Además se pretende por el Gobierno y el resto de las administraciones públicas dar una sensación de normalidad en el desarrollo de la vida social, y eso lo hace tratando de ocultar los problemas existentes. En este sentido, constituye todo un ejemplo lo sucedido en el Ayuntamiento de Benidorm donde se acaba de aprobar una Ordenanza (30 de septiembre de 2013) declarando la expulsión de los mendigos de su término municipal, aun a costa de pagarles un billete en un transporte para que se trasladen a otros municipios –algo que ya se hizo en tiempos en otras ciudades, tal fue el caso de Santander a finales de los años 80 del siglo XX. Ver: <http://www.lasprovincias.es/20131001/comunitatvalenciana/comunitat/benidorm-tirara-mendigos-201310012118.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>9</sup> En realidad, la lucha contra la corrupción no es posible en España porque la corrupción es parte integrante de "nuestro" sistema político a cuya esencia pertenece, y en donde está ausente una mínima ética de lo público.

<sup>10</sup> O se anulan, nombrando para su gestión a personas de las que se sabe que, por afinidad familiar o ideológica, van a ser complacientes con las "debilidades" de los políticos de turno; o se oculta la

reforma penal en materia de corrupción no servirá más que como propaganda de lo que no se hace: luchar contra la corrupción.

Con la tercera línea, que busca réditos electorales que no es posible encontrar con una inexistente política social, se plasman en la legislación penal las reclamaciones de familiares de víctimas de delitos que por sus circunstancias de comisión han tenido una gran repercusión social (desapariciones de menores o adolescentes, asesinatos también de personas de corta edad, violaciones, etc., y por supuesto crímenes terroristas). Estos familiares se movilizaron –lo que desde el punto de vista individual es perfectamente comprensible y hasta lógico<sup>11</sup>- en favor de la consecución de penas privativas de libertad más graves o/y régimen de cumplimiento más severo. Un primer fruto de esa severidad reclamada ya se obtuvo con las reformas del CP de 2003 (pactada por “populares” y socialistas)<sup>12</sup>, en las que se introdujeron –entre otras- modificaciones que alteraban por arriba y por abajo los límites de duración de la pena privativa de libertad: disminución del mínimo de la de prisión, que pasó a ser de tres meses frente a los seis establecidos en el CP1995, contradiciendo de esta forma lo avanzado al respecto desde 1975<sup>13</sup>; y aumento del máximo, en caso de concurso real, que pasó de los 30 años a los 40, y todo ello sin, desde el CP1995, redención de penas por el trabajo (y con una modificación de la libertad condicional que ponía a ésta bastante más “cara” en determinados supuestos). Es decir: las penas largas de prisión se endurecieron considerablemente en relación, incluso, a la legislación franquista, además de cercenarse “contundentemente las posibilidades de suavizar el cumplimiento de este tipo de penas”<sup>14</sup>.

---

actividad de los órganos de control expulsando de las áreas de gestión de los mismos a los que no son ideológicamente afines (lo sucedido recientemente en la Agencia Tributaria anunciado triunfalmente por el Ministro del ramo, Sr. Montoro: “hemos echado a los socialistas”, constituye todo un paradigma: [http://economia.elpais.com/economia/2013/12/06/actualidad/1386341342\\_622980.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/12/06/actualidad/1386341342_622980.html). Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>11</sup> Otra cosa es que la política criminal la deban escribir las asociaciones de víctimas. En efecto, no cabe duda de que las víctimas deben ser protegidas y que el Estado ha de acudir en su socorro, pero sentarlas en el sillón del Legislador es lo mismo que retroceder cientos de años en materia de represión penal.

<sup>12</sup> De entre toda la amplia literatura que generó me parece especialmente claro y sintetizador el artículo de Díez Ripollés (2013) en el que expone el camino andado desde el fin del dictador hasta las leyes 7 y 11 del año 2003.

<sup>13</sup> Que se debió, entre otras razones, a la supresión de la fracasada pena –por falta de asignación presupuestaria y no porque no constituya una buena alternativa- de arresto de fin de semana.

<sup>14</sup> Véase Díez Ripollés (*íd.*: 12) donde se añade: “Esto último se refleja bien, por un lado, en el retraso del acceso al tercer grado de manera general en las penas de prisión de duración media, y en la obstaculización a su acceso, cuando no práctica imposibilidad de acceder, en las condenas a prisión que se hayan beneficiado significativamente de los límites a la acumulación de penas del concurso real. Se manifiesta asimismo en las dificultades o práctica imposibilidad para obtener la libertad condicional por quienes tienen problemas para acceder al tercer grado, lo que se agrava, para quienes se han beneficiado de los límites de acumulación de penas del concurso real, a la hora de satisfacer el requisito de superar las 2/3 o ¾ partes de la condena”.

La propia Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, evidenciaba una de las finalidades de la reforma de la siguiente manera:

*Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio.*

*Con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 ó 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.*

Pues bien, ahora se trata, con la reforma, de dar una nueva vuelta de tuerca en materia de penas privativas de libertad<sup>15</sup>, lo que se logra con la introducción de la prisión permanente revisable, una aspiración largamente sentida por las asociaciones de víctimas<sup>16</sup> (incluso algunas de ellas aspiraban a mera “prisión permanente”, sin más apellidos<sup>17</sup>). Obviamente, el establecimiento de semejante pena obligaba, lo que ha sido apuntado lúcidamente por Peñaranda Ramos, a “buscar” delitos a los cuales aplicarla; y éstos fueron encontrados en los delitos de asesinato agravado<sup>18</sup>, que han debido ser modificados a tal efecto en una línea coincidente –como veremos– con un derecho penal de autor. En este contexto, además, se introducen, amplían o modifican otras instituciones en la Parte General del Código, que endurecen considerablemente el régimen punitivo. Me refiero, por ejemplo, a la libertad vigilada y a la libertad condicional.

Una cuarta dirección es la que se plasma en la supresión del Libro III del CP. Su propósito, según la propia Exposición de Motivos del Proyecto, es hacer realidad el principio de intervención mínima. Sin embargo, el destino dado a las faltas que figuran en el vigente Código Penal discute que la finalidad real de la reforma sea la confesada por sus autores, pues muy pocas de ellas se eliminan (desafortunadamente en algunos casos, como en los homicidios y lesiones por imprudencia leve, que se desvían al Derecho Civil de daños, con la consecuencia de que los numerosos accidentes de tráfico con resultado de muerte o lesiones por imprudencia leve se “privatizan” -de la misma forma que se hace con la sanidad o la seguridad-, lo que tendrá consecuencias procesales y económicas de largo alcance, de lo que algunos –compañías de seguros- se beneficiarán, y también lo hará el Estado por la cobranza de las tasas. Nuevamente, pues, sufrirán los ciudadanos en su derecho de acceso a la Justicia), y las que permanecen en el Código Penal –que son, pues, la mayoría- se incorporan a la legislación como delito incrementando considerablemente su sanción. Por lo tanto, la invocación al principio de intervención mínima se nos antoja falsa, siendo las finalidades, más bien y entre otras, la de reprimir duramente la pequeña delincuencia (lo que es evidente en el caso de las faltas patrimoniales que pasan a delitos), hacer lo propio con la protesta social (falta de desobediencia) y continuar en la línea de privatización de la Justicia (accidentes de tráfico con resultado de muerte por imprudencia leve). Ninguna propuesta inteligente, sin embargo, que garantice una sanción apropiada y proporcionada a las infracciones que hoy se acogen en el Libro III.

La quinta línea de la reforma camina en la dirección de endurecer la política criminal en materia de sexualidad, y para ello –como señala Díez Ripollés (2013: 56) - se utiliza como excusa la trasposición de la Directiva 2011/93/UE para ir bastante

<sup>15</sup> Aunque algo menor de lo que se pretendía pues el intento de introducir la llamada “custodia de seguridad” generó tan amplia y casi unánime repulsa, que hasta un Ministerio que practica una política criminal tan reaccionaria como es el de Justicia se vio obligado a “dar marcha atrás”. Los argumentos usados por la doctrina para enfrentar la custodia de seguridad tienen el mejor reflejo en los utilizados por un grupo de profesores de Derecho Penal -encabezados por el Dr. Muñoz Conde- en Álvarez García (2013a), coordinado por Dopico Gómez Aller.

<sup>16</sup> No estamos, sin embargo y en opinión de Jaén Vallejo (2012: 2) sino ante “*la necesidad sentida socialmente* de ofrecer, siempre en el marco constitucional, un tratamiento razonable de supuestos de excepcional gravedad, como los de terrorismo, que tanto daño han causado a la sociedad española” (las cursivas son mías).

<sup>17</sup> Véase: <http://www.intereconomia.com/noticias-gaceta/politica/victimas-exigen-que-futura-prision-permanente-revisable-no-alberque-fisuras>; [http://noticias.lainformacion.com/espana/las-victimas-arrancan-del-gobierno-la-promesa-de-agilizar-la-implantacion-de-la-cadena-perpetua-revisable\\_lIW7nhQHgBVvuTB5GCw4x/](http://noticias.lainformacion.com/espana/las-victimas-arrancan-del-gobierno-la-promesa-de-agilizar-la-implantacion-de-la-cadena-perpetua-revisable_lIW7nhQHgBVvuTB5GCw4x/). Revisado el 28 de febrero de 2014. Asimismo: <http://www.publico.es/70326/la-familia-de-mari-luz-recoge-firmas-para-pedir-cadena-perpetua-para-los-pederastas>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>18</sup> También en los homicidios especialmente graves por la calidad del sujeto pasivo o por la finalidad (terrorista), o en los delitos de genocidio y lesa humanidad.

más allá de lo que ésta exige<sup>19</sup>. No constituye, desde luego, novedad este propósito, puesto que el Partido Popular ya había modificado el Código Penal con idéntica finalidad anteriormente<sup>20</sup>. En todo caso, la modificación, como veremos más adelante, sobrepasa los fines o propósitos de la Directiva tanto en lo que importa a la inclusión (o ampliación) de tipos penales, como en la previsión de agravantes y en los máximos de las penas; y, además, incrementa injustificadamente el espacio en el que la jurisdicción española resulta competente.

Naturalmente, tampoco podía faltar un criterio realmente insólito en las reformas penales: el recaudador. El Gobierno decidió desde el principio de la actual legislatura poner precio a todos los servicios públicos, y también al de la Justicia<sup>21</sup>; en este sentido la dirección político criminal que le ha otorgado a no pocas penas no es la de prevención de una u otra clase, sino sencillamente la recaudatoria.

En fin, un último criterio político-criminal es el de apartarse, y sólo puede ser conscientemente, de los principios de la buena legislación, de los que gobiernan el Derecho Penal así como de los basamentos mismos de una sociedad democrática. Ello tiene múltiples traducciones en el texto de la reforma penal, mas me referiré ahora exclusivamente a una de ellas con la que se logra atacar ambos referentes: la tipificación propuesta en el artículo 510 CP. Nuevamente en este caso se trata de justificar la reforma por la trasposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal; aunque lo cierto es que se ha superado, con mucho, lo previsto en la Decisión Marco, y, en realidad, se lleva a cabo un decidido ataque contra la libertad de expresión, utilizando para ello medios en la tipificación que se alejan considerablemente de las exigencias del moderno Derecho Penal (especialmente, las referidas a la taxatividad).

22

Obviamente, en una reforma penal tan amplia como la que propone el Gobierno hay otros aspectos significativos, y también debo decir que no todas (sino, simplemente, la inmensa mayoría) las propuestas de modificación son antidemocráticas o/y desafortunadas desde el punto de vista técnico, pues hay algunas que suponen una mejora técnica de lo ya normado o implican ampliación típica afortunada. Pero veamos detenidamente las enunciadas líneas de política criminal ya particularizadamente.

### **3. Privatización de la seguridad y amordazamiento social: el tejido legal de la Dictadura**

A) Los delitos contra el orden público, y en concreto los contemplados en el Título XXII, Capítulos II (atentados, resistencia y desobediencia) y III (desórdenes públicos), han sido, como veremos, muy afectados por la modificación que se aborda. Pero punto esencial de esa reforma, referente para su adecuada

<sup>19</sup> Que, por otra parte, es mucho. En efecto, y como he recordado en otros lugares, ya desde hace años una corriente puritana recorre Europa, y bajo diferentes excusas (como la represión de la pornografía infantil o la de los clientes de la prostitución) están tratando de criminalizar una determinada moral sexual, que puede ser o no aceptable, pero que es moral y no otra cosa.

<sup>20</sup> Véanse, por ejemplo, las modificaciones operadas por las LLOO 11/1999, de 30 de abril; 11/2003, de 29 de septiembre, y 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>21</sup> El caso de las tasas judiciales es más que notorio; en este sentido, lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (inmediatamente modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita).

comprensión, es la decisión de privatizar la seguridad pública<sup>22</sup>; y para comprender adecuadamente la cuestión hay que analizar, si quiera sea sumariamente, los textos de reforma de las leyes de Seguridad Privada (23/1992, de 30 de julio) y de Seguridad Ciudadana (1/1992, de 21 de febrero).

El modelo al que obedece la vigente Ley de Seguridad Privada queda claramente expresado en el siguiente pasaje de su Exposición de Motivos: "...los servicios privados de seguridad [se entienden] como servicios complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública...la presencia de vigilantes en controles de acceso y seguridad interior no suele tener una trascendencia externa que perjudique el quehacer de los Cuerpos de Seguridad, porque están llamados a actuar como elementos colaboradores en tareas que difícilmente podrían cubrir por sí solos". Estas declaraciones resultan confirmadas en los artículos 1 de la Ley y, especialmente y más allá de declaraciones programáticas, 13:

Salvo la función de protección del transporte de dinero, valores, bienes u objetos, los vigilantes de seguridad ejercerán sus funciones exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieran encargados, sin que tales funciones se puedan desarrollar en las vías públicas ni en aquellas que, no teniendo tal condición, sean de uso común.

No obstante, cuando se trate de polígonos industriales o urbanizaciones aisladas, podrán implantarse servicios de vigilancia y protección en la forma que expresamente se autorice.

El reparto de ámbitos queda así claramente establecido: las empresas privadas de seguridad se ocuparán (y con las excepciones reflejadas que están muy tasadas), exclusivamente, del control en el interior de los espacios de que se trate (y sus limitaciones en lo que se refiere a la detención<sup>23</sup>, identificación<sup>24</sup> o registros personales<sup>25</sup> avalan lo acabado de expresar), y la seguridad pública, de todo lo demás.

---

<sup>22</sup> Debe tenerse en cuenta que la seguridad pública se encuentra fuertemente descentralizada, pues además de los "cuerpos nacionales" concurren sobre el mismo objeto policías autonómicas y municipales. Lo que quiere decir que, en realidad, en España hay una gran multitud de policías públicas a las que sólo en los últimos 20 años, y en referencia a las municipales, se las ha tratado de uniformar y cohesionar aunque acudiendo a técnicas indirectas que fueran respetuosas con el principio de autonomía municipal. Pero además de esta descentralización, se halla desagregado (tomo el contenido material del concepto de Parejo Alfonso (2008: 15) algún sector como ocurre con lo que constituye hoy en día competencia de la seguridad privada.

<sup>23</sup> Artículo 11.1 d): *Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos.* Véanse, asimismo, los artículos 490 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues los Vigilantes de Seguridad tienen las mismas capacidades para efectuar una detención que cualquier particular –no más allá-, aunque su posición respecto de la detención no es la facultativa del particular, pues en su caso la no realización de la detención en los casos en que procediera puede determinar la comisión de una infracción disciplinaria.

<sup>24</sup> Artículo 11.1 b): *Efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que en ningún caso puedan retener la documentación personal.*

<sup>25</sup> Véanse el artículo 76 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, que desarrolla la Ley 23/1992: *En el ejercicio de la función de protección de bienes inmuebles, así como de las personas que se encuentran en ellos, los vigilantes de seguridad deberán realizar las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión.* Así como la STS 613/2002, de 8 de abril, y el ATS 152/2007, de 25 de enero.

En la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Seguridad Privada (en adelante PLSP<sup>26</sup>, que en el momento en que escribo estas líneas está en fase de tramitación parlamentaria), y a diferencia de la anterior, se afirma: “La ley pasa de poner el acento en el principio de la subordinación a desarrollar más eficazmente el principio de complementariedad a través de otros que lo desarrollan, como los de cooperación o de corresponsabilidad, y ahonda en el principio de subsidiariedad mediante una técnica legislativa más flexible que permite una adaptación permanente a los cambios que experimente la sociedad sin que sea precisa una reforma de rango legal para ello”; y se continúa en esta línea afirmando: “los poderes de intervención y control público sobre la seguridad privada se focalizan en los aspectos verdaderamente esenciales para la seguridad pública, desregulando los aspectos accesorios que no tienen una directa relación con el servicio de seguridad, al tiempo que se moderniza su gestión y se potencia su colaboración con la seguridad pública”.

El anuncio de lo que vendrá después (en el articulado de la Ley) se ha efectuado con claridad: complementariedad (cooperación, corresponsabilidad) entre la seguridad pública y la privada, reconocimiento de ámbitos de gestión de la seguridad propios a la seguridad privada (desregulación de los aspectos considerados no esenciales, accesorios, lo que, como se verá a continuación tiene una traducción “particular” en el texto de la Ley), y por supuesto mucha “modernidad en la gestión”.

¿Cómo se concreta en el articulado del PLSP (y en el del Anteproyecto de la Ley de Seguridad Ciudadana –ALOPSC- y en el Proyecto de Reforma del CP) esta declaración de intenciones? Pues en lo siguiente:

Mediante un claro cambio de modelo ya no policial sino de gestión de derechos fundamentales. En efecto, el artículo 1.1 de la vigente LOPSC enuncia:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 149.1.29 y 104 de la Constitución corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos.

Sin embargo, el artículo 1 del ALOPSC asevera:

1. La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes.

La diferencia es evidente: mientras que el texto vigente plasma el modelo de gestión (protección total, salvaguarda, etc.) de los derechos fundamentales recogido en el artículo 104 CE (lo que exige su encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), el Anteproyecto –enfrentándose al texto constitucional- hurta

---

<sup>26</sup> Utilizo el texto correspondiente al Informe de la Ponencia (BOC, Serie A, núm. 50-3, de 10 de diciembre de 2013). Debe decirse que por imposición de la mayoría parlamentaria se determinó que el trámite de examen y aprobación siguiera lo previsto en el artículo 148 del Reglamento del Congreso (competencia legislativa plena de la correspondiente Comisión), de manera tal que se ha hurtado el debate público sobre la Ley en cuestión; siendo así que esa modalidad de tramitación está prevista no para textos normativos fundamentales y de gran trascendencia pública, sino para aquellos otros que carecieran de la aludida repercusión. Fraude de ley, pues, en la tramitación de la norma; y todo ello con un objetivo: ocultar lo más posible cómo se conculca el artículo 104 CE.

en el artículo 1 de la Ley la dicha referencia, y a lo largo de su articulado da participación –en todas las parcelas de este asunto- a las empresas privadas.

Equiparación de los Vigilantes de Seguridad con los agentes de la autoridad<sup>27</sup>. Se dispone en el artículo 31 del PLSP:

Protección jurídica de agente de la autoridad.

Se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad;

y en los artículos 554.3 b):

3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:

b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,

y 556, ambos del Proyecto de Reforma del CP:

Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

25

Esta equiparación, más allá de lo evidente, implica un considerable incremento de las competencias materiales de los Vigilantes de Seguridad, precisamente a través del tipo de desobediencia de particulares, pues ciertas negativas a acatar las órdenes de estos Vigilantes pasarán a ser considerados como delito (o como infracción administrativa de las sancionadas en el artículo 35.7 ALOPSC).

Cesión de informaciones y de datos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) a las empresas privadas de seguridad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14.3 PLSP:

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán facilitar al personal de seguridad privada, en el ejercicio de sus funciones, informaciones que faciliten su evaluación de riesgos y consiguiente implementación de medidas de protección. Si estas informaciones contuvieran datos de carácter personal sólo podrán facilitarse en caso de peligro real para la seguridad pública o para evitar la comisión de infracciones penales.

Se trata de hacer operativas a las empresas de seguridad en materia de seguridad, y de proporcionar todos los medios (no sólo datos personales sino también informes de inteligencia) para que desarrollen sus funciones: es decir, el Estado pone a disposición de empresas privadas su *Know how*, lo que, además de

<sup>27</sup> Me refiero en este momento a casos en los que los Vigilantes Privados ejercen sus competencias en su ámbito propio, no a aquellos supuestos en los que actúen auxiliando y colaborando con la autoridad, sus agentes o funcionarios, en los que, ex artículo 555 CP, se les considera acreedores de la protección especial que a estos les concede el tipo de atentados a la autoridad.

lo obvio, ocasionará no pocos problemas por la entidad de los datos, así como de conflictos por la participación de las Fuerzas de Seguridad del Estado en bases de datos e informaciones elaborados en otros países.

1) Constitución de comisiones mixtas de seguridad privada (nacionales, autonómicas o provinciales) para asegurar la colaboración entre las FCSE y las empresas privadas de seguridad (artículo 16 PLSP).

2) Las empresas privadas de seguridad podrán actuar en todos los espacios públicos sin limitación, siempre que cuenten con la correspondiente autorización. En este sentido, y para ocultar o disimular lo que es evidente, el Legislador ha acudido a la “técnica” de realizar una enumeración concretando competencias, que luego ha cerrado con una cláusula general que abre a las empresas privadas todos los espacios de seguridad; así, los artículos 41.3:

Cuando así se decida por la autoridad, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección:

- a) Vigilancia perimetral de centros penitenciarios.
- b) Vigilancia perimetral de centros de internamiento de extranjeros.
- c) Vigilancia de otros edificios o instalaciones de organismos públicos.
- d) Participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial. En este supuesto la prestación de servicios de seguridad y protección también podrá realizarse por guardas rurales,

y 41.4:

26

4. Requerirán autorización previa por parte del órgano competente en cada caso los siguientes servicios de vigilancia y protección, que se prestarán por los vigilantes de seguridad en coordinación, cuando proceda, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes:

- a) Vigilancia en polígonos industriales y urbanizaciones y en sus vías de uso común.
- b) Vigilancia en zonas comerciales peatonales.
- c) Vigilancia en acontecimientos deportivos, culturales o cualquier otro evento de relevancia social que se desarrolle en vías o espacios públicos.
- d) Vigilancia en espacios o vías públicas en supuestos distintos de los previstos en este artículo.

Como puede comprobarse, después de las correspondientes enumeraciones se incluyen sendas cláusulas generales que permiten, en el caso del artículo 41.4 d), que los vigilantes de seguridad ejerzan funciones en espacios y vías públicas; se rompe así la frontera que delimitaba la actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado de la de las empresas privadas: estas últimas ya han accedido a los espacios públicos, y los Vigilantes de Seguridad ya podrán realizar en la calle lo mismo que realizaban hasta ahora en el interior de los edificios, y lo que realizan los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En cuanto al artículo

41.3 consagra, en su letra d), la intromisión de las empresas privadas de seguridad en el campo propio de actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado<sup>28</sup>.

1) Participación de los vigilantes de seguridad en la disolución de reuniones y manifestaciones. Uno de los puntos más “visibles” de la actuación de los miembros de las FCSE es el de su participación en la disolución de manifestaciones, precisamente por la utilización de medios que afectan fuertemente a derechos fundamentales. Pues bien, el artículo 23.2 del ALOPSC<sup>29</sup> consagra la participación de miembros de empresas privadas de seguridad en la disolución de reuniones y manifestaciones ilegales:

#### Colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

1. En los casos a que se refiere el artículo anterior [disolución de reuniones y manifestaciones], las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaborarán mutuamente en los términos previstos en su ley orgánica reguladora.
2. Igualmente, las empresas y el personal de seguridad privada están obligados a colaborar eficazmente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>30</sup>.

No hace falta insistir mucho en la trascendencia del reconocimiento a las empresas privadas de seguridad de semejante competencia –que incide en un derecho fundamental-, pues es evidente. Sólo añadir un dato más: como consecuencia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006, la regulación legal referida a las empresas de seguridad hubo de ser modificada para hacer real el principio de libre circulación de trabajadores y de libertad de empresa en el ámbito de la UE, así como eliminar otras restricciones que el TJCE consideraba contrarias al Derecho de la Unión<sup>31</sup>. Este hecho ha sido interpretado por algunos, justamente creo, como de posible cesión de soberanía (Cámara del Portillo, 2012: 362).

La conclusión de todo lo expuesto es clara: se ha comenzado a sustituir la seguridad pública por la seguridad privada, y poco a poco los responsables de la gestión de los derechos fundamentales a los que se alude en el artículo 104 CE serán empresas privadas. La “disolución de los cuerpos represivos”, ese grito de los manifestantes contra la Dictadura en los años 70 ha comenzado<sup>32</sup>, pero no por

<sup>28</sup> E insisto en que en no pocos supuestos las sustituye directamente, atribuyendo concretas potestades que hasta el momento son ostentadas por la seguridad pública, a la seguridad privada. Véase en este sentido, y por ejemplo, el artículo 25 del ALOPSC en relación al artículo 13 de la vigente Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

<sup>29</sup> Que es consecuencia de lo previsto en el artículo 41.3 d) del PLSP más arriba reflejado.

<sup>30</sup> Nótese que en este caso no se incluye referencia alguna a que su actuación deba llevarse a cabo bajo el mando o siguiendo las instrucciones que se les dicte por miembros de las FCSE, como por el contrario ocurre en muchos otros casos, verbigracia en los artículos 30 h), 31, 41.3 y 4, etc., del PLSP. Es decir, que hipotéticamente un grupo de Vigilantes de Seguridad puede “cargar” contra una manifestación y disolverla, sin participación alguna de miembros de las FCSE.

<sup>31</sup> Ciertamente, no tiene por qué tener especial trascendencia que los vigilantes privados que disuelvan la manifestación mediante el uso de la violencia sean de esta o aquella nacionalidad, pero de lo que no cabe duda es que no contribuirá a la construcción de una misma Europa “para todos” el que alemanes, belgas u holandeses nutran los “ejércitos privados” que se ocupen de la represión de los manifestantes españoles; y que la semejanza cultural (y, al contrario, la diferencia) puede influir muy positivamente en una mejor forma de resolución del conflicto –sólo hay que pensar en la oportunidad de que conozcan el idioma.

<sup>32</sup> En realidad ya empezó durante los años 1996 a 2004 siendo Presidente del Gobierno el Sr. Aznar, época durante la cual disminuyó escandalosamente la plantilla de la Policía Nacional y de la Guardia Civil (que a duras penas se pudo reconstruir durante los 8 años posteriores). Actualmente el índice de reposición es de 1/10 (Véase <http://www.seguridadytribunales.es/>). Revisado el 28 de febrero de 2014), lo que implica no sólo problemas de número sino de operatividad por el envejecimiento de la plantilla, con lo que se está creando artificialmente la necesidad de incorporar a empresas privadas a la

mano de la izquierda radical sino de la derecha: la Guardia Civil y la Policía Nacional (y los cuerpos autonómicos policiales, y los municipales también) tienen ya sus días contados al menos en cuanto a sus tradicionales competencias, y sus mandos y oficiales pasarán a ser meros auxiliares de los capataces de las empresas privadas de seguridad. El primer paso será (es) la constitución de unidades mixtas operativas (lo que ya se está llevando a cabo en la ilegal vigilancia perimetral de prisiones que se está efectuando actualmente en 21 centros penitenciarios<sup>33</sup>), compuestas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y empleados de empresas privadas de seguridad; poco a poco, éstas, en un régimen de autorización administrativa, empezarán a desempeñar el control en áreas geográficas (en todas aquellas, por ejemplo rurales, que actualmente no cuentan con protección por el deficiente despliegue de, fundamentalmente, la Guardia Civil) o en servicios determinados (tanto en la protección personal de autoridades sustituyendo a los agentes públicos que hasta ahora la han llevado a cabo con eficacia –como se ha demostrado en los años del terrorismo-, como en los traslados de presos, vigilancia de determinadas zonas públicas, etc.; es decir, actividades rentables desde el punto de vista económico que justifiquen de alguna manera que la Administración Pública efectúe los pagos correspondientes: un nuevo espacio, pues, para la corrupción política<sup>34</sup>), y finalizarán adoptando las decisiones fundamentales en materia de seguridad pública.

Pero además de no estar justificada, como hemos apuntado ya, la intromisión de las empresas privadas en la Seguridad Pública a la vista de las actuales cifras de criminalidad, su actuación causará, con toda probabilidad, dos efectos negativos: primero, aumentará la delincuencia, pues el “enemigo” que ésta se encontrará es mucho más débil, y los gestores de las empresas estarán más

---

seguridad pública. Esta “maniobra” tuvo su precedente en las obligaciones incorporadas por una variada normativa y con cargo a empresas de diferentes sectores (véase, por ejemplo, la primera reglamentación establecida a este respecto por el Decreto 554/1974, de 1 de marzo, de medidas de seguridad en bancos, cajas y otras entidades de crédito), de establecer determinadas medidas de seguridad que deberían ser implementadas por empresas privadas de seguridad (se trata, en definitiva, de decisiones estatales por las que se crea una cierta demanda con el propósito de impulsar un ámbito empresarial); recuérdese a este respecto el problema planteado por los asaltos de piratas en el Índico a barcos pesqueros españoles, y cuya solución se alcanzó (además de enviando a buques de la Armada al escenario) mediante la autorización para que los pesqueros y mercantes españoles que tuvieran que surcar aquellas aguas, llevaran a bordo a empleados de empresas de seguridad con armamento adecuado (véase, RD 1628/2009, de 30 de octubre).

<sup>33</sup> En efecto, el artículo 63.1 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, dispone: *La seguridad exterior de los Establecimientos corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, los que, sin perjuicio de que se rijan por las normas de los Cuerpos respectivos, en materia de seguridad exterior de los Centros penitenciarios recibirán indicaciones de los Directores de los mismos.* Es decir: los vigilantes de las empresas privadas no pueden participar en la vigilancia perimetral, y sin embargo lo están haciendo a instancias del Ministerio del Interior; eso sí (lo que si no justifica si explica suficientemente la iniciativa) a un precio muy superior que encomendando la tarea a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (véase “Confidencial” de 13 de diciembre de 2013).

<sup>34</sup> Con independencia de otras consideraciones, en unos momentos en los que la criminalidad, según cifras oficiales proporcionadas por el Ministerio del Interior en su Web (<http://www.interior.gob.es/>. Revisado el 28 de febrero de 2014)-, continúa su descenso a pesar de la crisis económica hasta llegar a los números de 2001, no existe ninguna justificación para abrir la seguridad pública a las empresas privadas porque nada pueden aportar a la vista de las estadísticas. En este sentido, no resulta impertinente apuntar que los modelos continuamente mencionados por las autoridades del Ministerio del Interior para justificar la entrada de empresas privadas en el “negocio de la seguridad” (que incluso se llegaron a invocar expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley de Seguridad Privada de 1992 como “espejo en el que mirarse”, mencionándose concretamente la situación en Bélgica, Reino Unido o Francia), corresponden, justamente, a algunos de los países europeos con mayores índices de criminalidad; es decir: cuanta más presencia de las empresas privadas de seguridad mayor delincuencia, más negocio y, al parecer, más razones para imitar (los menores índices de criminalidad corresponden a Grecia, Portugal y España, justamente los países en los que hay menor infiltración de las empresas privadas en la seguridad pública).

ESTUDIOS  
atentos a la obtención del beneficio que a la salvaguarda de los intereses públicos (la experiencia en la privatización de las prisiones inglesas es suficientemente conocida<sup>35</sup>). Esto ya ha sucedido en otros sectores entregados a la “iniciativa privada”, y ocurrirá ahora también<sup>36</sup>; y todo ello, además, con el añadido de que la política de seguridad dejará de ser democrática, pues el que desee seguridad va a tener que pagarla (Díez Ripollés, 2004 y Álvarez García, 2006).

Finalmente conviene señalar que la constitución de ejércitos de vigilantes privados (armados), en un número muy superior al que suman los miembros de la Guardia Civil y la Policía Nacional, con deficiente formación, ideológicamente cercanos al pensamiento más reaccionario –como sucedió en los años 70-, y controlados por instancias particulares al margen del Estado, constituye un elemento de fuerte preocupación desde la perspectiva política<sup>37</sup>, amén de suponer un cuantiosísimo trasvase de fondos económicos desde el Estado hacia las empresas privadas.

B) El orden público, desde el punto de vista constitucional, exige ser comprendido no en un sentido de “quietud” de los ciudadanos sino en el de participación activa de estos en la totalidad del Ordenamiento<sup>38</sup>; ello requiere desterrar como referente conceptos como el de “mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”<sup>39</sup> (mero orden en la calle, esa trivialización del concepto a la que se refería Martín-Retortillo (1975: 42; 1973) u otros similares como contenido material del orden público, y sustituirlos por otros que se refieran a la participación activa plena de los ciudadanos en la vida jurídica (con expresión de todos sus derechos, lo que implica la construcción positiva del concepto<sup>40</sup>)<sup>41</sup>. En este sentido, y no sólo ni principalmente por argumentos de intervención mínima, la intrusión pública en la

<sup>35</sup> Sobre la experiencia privatizadora en las prisiones, véase con carácter general Sanz Delgado (2000; 2009: 2 ss.). Véase también Del Rosal Blasco (1998: 115 ss.). Por lo que se refiere a la experiencia española (constreñida momentáneamente a los centros de menores), consultese el esclarecedor estudio de Dopico-Gómez Aller (2011).

<sup>36</sup> Y experiencias hay en España y en otros países europeos. El caso de la sanidad y las líneas de ferrocarril en el Reino Unido, tras las privatizaciones llevadas a efecto por la Sra. Thatcher, es ya paradigmático; en el caso español el ejemplo del sector financiero es también suficientemente expresivo de lo que aquí se está narrando.

<sup>37</sup> Ese enorme crecimiento de la seguridad privada se debe al abandono por parte de la seguridad pública de determinadas áreas; véase a este respecto, Rico y Salas (1988: 164).

<sup>38</sup> Prescindo, pues, de aquellas concepciones que abriendo el concepto a la moral, ética, costumbres sociales, sentimiento social, etc., nos arrojan a la más absoluta inseguridad y a una manipulación por necesidad contingente (véase una exposición al respecto en Izu Belloso (1988: 1 ss.). Por ello coincido con quien fuera mi Profesor de Derecho Administrativo Carro Fernández-Valmayor (1990: 15), cuando afirma: “el orden público sólo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en concretas normas jurídicas. Así, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas por el Ordenamiento jurídico”.

<sup>39</sup> Que es, sin embargo, el usado por el ALOPSC en su artículo 1.2: *Esta ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos*”, con lo que se viene a poner claramente de manifiesto la esencia preconstitucional de dicho Anteproyecto, más cercano a la vieja Ley de Orden Público de 1959 que a los vigentes artículos 149.1.29 y 104 del texto constitucional (y al articulado de la vigente Ley de Seguridad Ciudadana, en el que no aparece ni siquiera mentada referencia alguna a la “tranquilidad ciudadana” como objeto de la regulación).

<sup>40</sup> Véase en este sentido la ya vetusta STC 19/1985, de 13 de febrero, según la cual “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”.

<sup>41</sup> Es decir, “perturbación” del orden público no es un equivalente a alteración de las condiciones en las que habitualmente se desenvuelve la vida ciudadana, entendimiento este que se corresponde más –y que entraña con algunos “tradicionales”– con la exclusión material de los ciudadanos de la vida pública y su enclaustramiento en un protagonismo meramente electoral.

vida ciudadana (que no necesaria ni principalmente tiene que correr a cargo del Derecho Penal) ha de retrasarse hasta aquellas situaciones en las que las condiciones mínimas de ejercicio de esa participación de los ciudadanos en la vida jurídica se vean seriamente comprometidas. Dicho de otra forma: el ejercicio público de derechos constitucionales como los de reunión, manifestación, expresión, etc., no puede verse como un supuesto de compromiso para el orden público, sino como plena realización de éste<sup>42</sup>, formando parte del contenido de su concepto<sup>43</sup>. A esto debe dársele una doble trascendencia: por una parte ha de entenderse como modo no sólo legítimo sino necesario de expresión ciudadana para la adecuada conformación del orden político (éste no sólo se construye mediante la expresión o información materializada en los medios de comunicación, pues eso llevaría a que sólo las clases económicamente poderosas pudieran participar en esa conformación, sino también por otros medios, de todo tipo, que estén al alcance de los ciudadanos); así, las protestas, reuniones o manifestaciones públicas han de ser conceptualizadas no como elementos de sospecha de alteración del orden sino como expresión de participación ciudadana en la realización del orden constitucional, cuyo desarrollo no sólo no debe ser obstaculizado o reprimido sino alentado<sup>44</sup>. En segundo término, y dada la importancia de los bienes en conflicto, no deben construirse los tipos penales partiendo del presupuesto de que son los derechos de manifestación o reunión los que deban ceder –incluso anticipadamente– ante cualquier alteración en la posibilidad de realización de otros derechos<sup>45</sup>, sino justamente el orden inverso lo que exige –tal y como se lleva a cabo en otras situaciones de ponderación– amoldar esos otros derechos a la situación de conflicto<sup>46</sup>. Es decir, el concepto de orden público como substrato y condicionante para el ejercicio de otros derechos, ha de construirse de modo integrado con el ejercicio de los derechos constitucionales<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Obviamente, no sólo el ejercicio de derechos constitucionales puede comprometer el orden público, y ello es así porque éste es un foco de atracción o soporte de cualesquiera manifestaciones de la vida individual o colectiva, lo que sucede es que el ejercicio de derechos y libertades públicas constitucionalmente reconocidos (comenzando, naturalmente, por su mismo desarrollo) será normalmente el que rellene de contenido material el concepto de orden público (y, en realidad, lo será el substrato de todos ellos: la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad).

<sup>43</sup> Desde luego no es esta la idea que está presente en el artículo 1.1 del ALOPSC según el cual: “La seguridad ciudadana es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes”. Como puede comprobarse, la “seguridad ciudadana” (concepto más restringido que el de “orden público” pero que participa de éste en sus elementos esenciales; Parejo Alfonso (*íd.*: 75) entiende que “La seguridad pública supone en todo caso una noción más precisa que la de orden público”, constituye un momento previo y externo al ejercicio de los derechos constitucionales.

Hay que señalar que no pocos autores manifiestan no haber entendido suficientemente el problema; es el caso de Blay (2013: 8) cuando afirma en un pasaje de su obra –en la que importa toda una serie de modelos clasificatorios de dudosa utilidad–: “Bajo el modelo de gestión negociada, se considera necesario que policía y manifestantes negocien previamente para poder garantizar los derechos de expresión y reunión y asegurar niveles tolerables de alteración de la convivencia”. Digo que hay insuficiente comprensión del problema porque una manifestación no supone *per se*, nunca, alteración alguna de la convivencia, sino, precisamente, realización de la misma.

<sup>44</sup> Sólo los regímenes totalitarios pueden pretender el acallamiento ciudadano, y sólo éstos pueden ver como un peligro, como “una molestia democrática”, la realización de manifestaciones o reuniones. Por el contrario, la plena realización democrática exige esa confrontación, esa crítica que se produce, también, a través de manifestaciones y reuniones.

<sup>45</sup> Llamo la atención nuevamente sobre la no utilización por mi parte de términos como “alteración de la vida ciudadana u otros parecidos”, y ello porque parte de la idea de que las manifestaciones o reuniones públicas forman parte de esa vida ciudadana, y por ello no deben entenderse como alteración de la misma.

<sup>46</sup> Para la diferenciación entre intervención penal y administrativa en este ámbito, véase Parejo Alfonso (*íd.*: 52 ss.).

<sup>47</sup> Sobre su evolución histórica, véase Martín Retortillo (1983).

Pues bien, tanto el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana como el Proyecto de Ley de Seguridad Privada o el Proyecto de Reforma del CP, en lo que se refiere a los artículos 550 y ss. del CP (atentados, resistencia y desobediencia, y desórdenes públicos), parten de una idea esencialmente contraria a la acabada de exponer, pues detrás de los “tipos penales reformados” lo que está es un concepto de orden público entendido como “tranquilidad en la calle”, claramente limitador del ejercicio de los derechos y de las libertades, esto es: un concepto de orden público, unos tipos penales que lo que cuestionan, en definitiva, es el propio orden constitucional<sup>48</sup>; y aquí es donde, parafraseando a López Pina (1991: 248), está el problema: que quien debiera ser el garante de los derechos es el que amenaza nuestras libertades.

En efecto, el texto del artículo 557.1 del ALOPSC (desórdenes públicos), preceptúa:

Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Este texto, y en relación con el vigente<sup>49</sup>, presenta una modificación fundamental: en el vigente se exige como elemento del tipo la efectiva alteración del “orden público” como consecuencia de los hechos que lleve a cabo el sujeto; sin embargo, en el Anteproyecto basta con que se altere la “paz pública”, es decir, que sería suficiente con una afectación a la “tranquilidad ciudadana”. Se adopta así, materialmente, el concepto de “orden público” que se criticaba más atrás, que es el que se ha llevado al tipo penal.

31

Tres elementos más subrayan la diferencia entre uno y otro texto: 1º) En el Anteproyecto se convierte un delito de tendencia (caracterizado por la exigencia de que el sujeto activo se proponga la alteración de la paz pública) en uno privado de especiales elementos subjetivos en el que bastaría la efectiva alteración de la paz pública (el orden en la calle). 2º) En el Anteproyecto se considera típica no sólo la actuación en grupo sino la individual (“aunque amparada en el grupo”, con lo que se introduce un elemento de muy difícil probanza que terminará avocando al juego de las presunciones), con lo que se amplía la tipicidad a supuestos en los que no es posible que concurran (y en este sentido es coherente la introducción de este elemento con la supresión de toda referencia al orden público) más que meros episodios de alteración de la “tranquilidad en la calle”. En todo caso debe tenerse en cuenta que, como señala Baucells Lladós (2012: 976), “si existe amparo del grupo ya existe actuación ‘en grupo’. Sobre todo teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende por grupo desde la ‘pareja criminal’ hasta la ‘muchedumbre delincuente’ (STS, de 8 de mayo de 1993) y que se acepta tanto el acuerdo o plan previo como la asunción fáctica durante el desarrollo del delito”; incluso, añado yo, el Tribunal Supremo ha aceptado el acuerdo improvisado (STS 258/1998, de 28 de febrero) y la jurisprudencia menor ha aceptado también la actuación convergente con el fin de alterar la paz pública (SAP, Guipúzcoa, 3ª, 3147/2000, de 28 de septiembre). 3º) Se elimina la exigencia típica de que, más allá del posible concurso de delitos, el sujeto activo realice actos productores de

<sup>48</sup> Véase en este sentido, De Bartolomé Cenzano (2002).

<sup>49</sup> Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código.

lesiones, daños, etc., bastando en el Anteproyecto con actos de violencia sobre las personas o las cosas o amenazas de causarlos; es decir, que de un delito de medios determinados (STS 1622/2001, de 21 de septiembre) se pasa a uno meramente resultativo, y de uno de desórdenes públicos se pasa a un injusto de mera intranquilidad personal. Con ello el tipo se queda bastante alejado de la pretensión de tipificar, como señalaba la Jurisprudencia, el “terrorismo de segundo grado” (SAP, Sevilla, 4<sup>a</sup>, 415/2004, de 6 de julio).

Pero si el número 1 del artículo 557, tal y como viene redactado en el Anteproyecto, modifica sustancialmente el núcleo duro de los delitos de desórdenes públicos, el n.º 2 (*Con las mismas penas se castigará a quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo*) cambia absolutamente las reglas de la participación criminal, y castiga la inducción fracasada a título de autoría<sup>50</sup>, así como lo que pudiera ser –siempre y cuando se acepte la complicidad psicológica junto con la material- cooperación necesaria o complicidad (o incluso mero acto preparatorio impune), también con la pena destinada a los autores<sup>51</sup>.

En el nuevo artículo 557 bis<sup>52</sup> se termina de poner de manifiesto, y más allá de incontables errores técnicos en la configuración típica<sup>53</sup>, la clara determinación del Legislador de amordazar la protesta social con la amenaza de gravísimas penas que pueden suponer la entrada en prisión. Me refiero, por ejemplo, a la aplicación

<sup>50</sup> En el Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de Ley de Reforma del CP, se indicaba: “La inclusión de estos comportamientos supone una alteración del régimen general estatuido en el Código Penal, habida cuenta que la incitación no acompañada de la ejecución del hecho sólo es punible, como modalidad de provocación, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 cuando se lleve a cabo por medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas”.

<sup>51</sup> Además se plantean problemas de coherencia con el apartado 1 del mismo artículo porque en éste la conducta, se trata de un delito plurisubjetivo (STS 1622/2001, de 21 de septiembre), corresponde a un grupo o a individuos pero que actúan “amparados por el grupo”; sin embargo, el número 2 alude simplemente a incitación a meros individuos.

En cualquier caso, y tal y como se indica en el Informe del CGPJ antes citado, lo que ya carece de toda justificación “es el diferente tratamiento jurídico de la incitación o reforzamiento regulada en el artículo 559, pues se llega al extremo de tratar con mayor benevolencia comportamientos de gravedad superior. Según establece el artículo último citado. *La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

Debe anotarse, además, que este artículo 559 se refiere a los delitos del 557 bis como “delitos de alteración del orden público”, cuando es lo cierto que, tal y como he señalado, estamos ante delitos contra la “paz pública” y no contra el “orden público”.

<sup>52</sup> Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años cuando concurran algunas de las circunstancias siguientes:

1. Cuando alguno de los participes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.
2. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.
3. Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas.
4. Cuando se lleven a cabo actos de pillaje.
5. Cuando el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

*En estos supuestos será igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.*

<sup>53</sup> Por ejemplo, carece de sentido que el tipo agravado disponga como límite mínimo de la pena un año, y así coincida en buena parte del marco penal con el tipo básico, lo que puede terminar provocando que la realización del tipo agravado acabe mereciendo menor pena, en el caso concreto, que la que pueda corresponder al tipo básico.

del tipo agravado por el hecho del lanzamiento de “objetos contundentes”<sup>54</sup>. En realidad, lo que se pretende es intimidar (con un contenido que no es el propio de la prevención general negativa constitucionalmente entendida, es decir: con terrorismo penal) para evitar la participación en todos aquellos acontecimientos en los que la manifestación aparezca como algo que vaya más allá de una “alegre romería en día feriado”; y es que, la experiencia nos enseña, el lanzamiento de piedras, botes o botellas es algo relativamente habitual durante el desarrollo de manifestaciones celebradas en ambiente tenso (como el que pudiera corresponder al cierre de plantas industriales o al desmantelamiento de servicios públicos esenciales), lo que es moneda corriente en los actuales momentos por los que están haciendo atravesar a los ciudadanos. ¿Significa ello que propugne la impunidad de estos actos u otros violentos del mismo carácter? No, sino sencillamente que se castiguen pero únicamente atendiendo al resultado producido (daños, lesiones, etc., y no el mero peligro abstracto, y tampoco bajo la construcción de estructuras de sospecha), que debe ser preventido por los agentes de la autoridad mediante la utilización del equipamiento y entrenamiento adecuados. Todo lo que excede de ello implica, en realidad, criminalizar el legítimo ejercicio del derecho de manifestación y justificar la intervención violenta de las fuerzas antidisturbios, lo que provocará –eso sí– alteración del orden público en sentido constitucional. Al resto de los supuestos del nuevo precepto se les debería dar idéntica solución: es decir, aplicar el tipo penal que corresponda a la concreta infracción cometida si es que está tipificada autónomamente, o agravar la pena de acuerdo con el catálogo general de circunstancias; en los casos en los que ello no sea así, no hay razones de injusto que justifiquen el incremento de la sanción en relación al tipo básico (¿cuál es lo injusto añadido por ser la reunión más o menos numerosa, que justifique el llevar la pena de prisión hasta los seis años en el máximo del marco penal?).

33

En cuanto al artículo 557 ter<sup>55</sup>, constituye toda una burda pretensión de criminalizar los conflictos laborales; más amordazamiento, pues, de las contiendas sociales. De acuerdo a este precepto, los trabajadores deberán protestar sólo respetuosamente y a distancia de las instalaciones empresariales. Es decir: el Ordenamiento jurídico español sigue sosteniendo, abstractamente, la posibilidad de que los ciudadanos protesten las decisiones empresariales o políticas que les afecten, pero no les permite expresar la queja a través de los modos que históricamente, en todo el movimiento obrero y ciudadano mundial, han utilizado. Es el comienzo de la elaboración de la urdimbre jurídica de la dictadura<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> El redactor del Anteproyecto trata de otorgar mayor gravedad a este acto al incluirlo con otros como el lanzamiento de explosivos, cócteles molotov, o similares, lo que carece de sentido.

<sup>55</sup> 1. *Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de su actividad normal serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurran las circunstancias 1<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup> o 5<sup>a</sup> del artículo 557 bis.*

<sup>56</sup> Constituyendo la máxima expresión de lo que digo la legislación que se prepara contra las mujeres como género, pues no de otra forma se puede entender una norma (el llamado “Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada”) mediante la cual se suprime el derecho de las mujeres a decidir sobre la evolución de su embarazo, sobre el devenir de su propio cuerpo. Ese anteproyecto es de dominación, de sometimiento, de sujeción de las mujeres a una voluntad ajena a ellas mismas que es la única que debe tenerse en cuenta en esta materia, y por ello no puede calificarse como producto típico de un sistema democrático.

Señala con razón Foucault, y muchos otros autores lo han hecho también, que con la aparición de las prisiones el poder se sofistica en cuanto a la tecnología del castigo, pues frente a la acción sobre el cuerpo del reo (los azotes, la marca, la mutilación, la muerte) característica del Derecho Penal medieval y de la Monarquía Absoluta, se pasa al ejercicio sobre su espíritu (la privación de libertad).

En todo caso, no creo que se pueda argumentar, como indica algún autor (Baucells Lladós, *id.*: 979), que la tipificación en cuestión carezca de sentido por estimarse que casi todas sus modalidades ya están recogidas en otros preceptos del Código Penal; en concreto en los tipos de allanamiento del artículo 203 o de usurpación del artículo 245 si se pretende una estadía prolongada. No estoy de acuerdo con este planteamiento por un problema de bien jurídico, y es que, en referencia al allanamiento, y como se señala en alguna jurisprudencia, estos tipos se aplican únicamente cuando la entrada suponga un riesgo para la intimidad de alguien, por lo que será atípico el encierro de los representantes sindicales de una empresa con la intención, no de acceder a datos o documentos, sino de protesta contra determinadas decisiones de aquélla (SAP, Valladolid, 4<sup>a</sup>, 243/2006, 20-6). En cuanto a la usurpación del artículo 245 CP exige voluntad de permanencia y una duración de la misma de suficiente entidad y no meramente simbólica (SAP, Barcelona, 5<sup>a</sup>, 16 de enero de 2003), lo que no concurrirá generalmente en estos supuestos.

La cuestión fundamental, en todo caso, no es la de una posible existencia de concursos de normas, sino la ausencia de sustrato de esas acciones para constituir un injusto penal (lo que se viene a admitir por el propio Legislador a la vista de la entidad de la pena con que se amenaza la conducta), por un lado, y por otro la de la concurrencia del ejercicio de derechos constitucionales que resultan vulnerados por la norma penal, al menos en el sentido de proporcionalidad –limitación desproporcionada al ejercicio de un derecho.

Finalmente, y en lo que respecta a los desórdenes públicos, he de referirme al nuevo texto del artículo 559 CP, según el cual: *La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis CP, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.* Otro ejemplo de adelantamiento excesivo de las barreras de punición conforme al cual se castigan actos preparatorios con la clara finalidad de incrementar la intimidación frente a la participación en reuniones o manifestaciones<sup>57</sup>.

C) Con el Anteproyecto de Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana, que en los momentos en que se redacta el presente trabajo está sometido a informe del CGPJ y de la Fiscalía General del Estado, se trata de terminar de amordazar a los ciudadanos y convertir en inane toda protesta colectiva. De esa Ley resulta llamativo, en primer lugar, que no se hable en ninguna parte, excepto en la Exposición de Motivos, del “orden público”, lo mismo que sucede con la vigente ley (lo que no deja de resultar llamativo a la vista de que la propia Constitución en el artículo 21.1º se refiere a este concepto a la hora de posibilitar la prohibición de reuniones y manifestaciones –a las cuales se dedica no poco espacio en el Anteproyecto-, aunque no menciona el concepto ni a la hora de fijar las competencias estatales en el artículo 149.1.29, ni la misión de las Fuerzas de Seguridad en el artículo 104; también se alude al “orden público” en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión), y sí, exclusivamente, de la seguridad ciudadana; ya me he referido más arriba al distinto contenido de estos

---

Pues bien, con la legislación sobre aborto que nos viene, el cuerpo de la mujer –sólo de la mujer, pues insisto en que se trata de una “legislación de género”– vuelve a convertirse en objeto directo de la brutalidad del castigo, el Estado pasa a controlar su cuerpo, a regularlo, y decide sobre su evolución. La mujer, por ello, pasa jurídicamente a una situación de “no persona”, pues ni siquiera se le reconoce derecho a decidir sobre ella misma, siendo desde un Ministerio desde donde se resolverá si debe continuar su embarazo y parir.

<sup>57</sup> Quizás la vieja idea de los delitos de policía como delitos de peligro abstracto.

conceptos y a las implicaciones “positivas” del de “orden público”, y a las connotaciones que presenta el de seguridad ciudadana.

En todo caso hay que resaltar cómo en el propio artículo 3 d) del ALOPSC se acude a un planteamiento, creo que inadmisible, desde el punto de vista constitucional: me refiero al de constituir a la seguridad ciudadana como cláusula general limitante del ejercicio de los derechos y libertades (*Constituyen los fines de esta ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación: d) El respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades*). Carro Fernández-Valmayor (1999) apuntaba que... ha de quedar bien claro que es inadmisible hablar del orden público (con los problemas, además, que su delimitación conlleva, como nos es ya conocido) como un límite general, implícito, de los derechos fundamentales, que los convertiría, si así fuese, en una especie de derechos debilitados o intereses legítimos. Ya hace algún tiempo tuve ocasión de afirmar que toda intervención limitadora en los derechos fundamentales ha de estar perfectamente determinada por la ley (prevista constitucionalmente) y no justificada en base a una cláusula de orden público entendida como una habilitación general e indeterminada en favor de las autoridades de policía. Pues bien, si como creo, dicha cláusula de orden público no puede ser considerada como una cláusula habilitadora de cualquier intervención, tanto menos es admisible la consideración del carácter implícito, inmanente, del orden público como limitador de los derechos fundamentales.

En este sentido, ya indiqué en otra obra (Álvarez García, 1999:14) la necesidad de recordar el rechazo que el Tribunal Constitucional ha efectuado de la llamada “cláusula de la comunidad” consagrada en la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana, que permite la limitación de los derechos fundamentales con base en “bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad”, aunque éstos no tengan reconocimiento constitucional. Tesis esta que, en palabras de De Otto y Pardo (1994: 172 ss.)<sup>58</sup>, reduce a la nada la garantía de los derechos frente a una fuente de limitaciones prácticamente inagotable, que carece de todo fundamento constitucional y que pone los derechos por completo a disposición del poder público. Desde luego esto no quiere decir que no existan límites a los derechos fundamentales, pues toda la doctrina de los límites inmanentes o implícitos (Gavara de Cara, íd.: 160)<sup>59</sup> (límites “necesarios” los denominó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1981, de 13 de febrero), referida a derechos fundamentales sin expresa formulación de reservas, apunta en otra dirección (además del juego que permiten los artículos 53.1 y 81.1 CE, y toda la construcción relativa al “contenido esencial” y al principio de proporcionalidad; incluso nuestro Tribunal Constitucional ha ido más allá por la interpretación, no exenta de críticas, que ha realizado del artículo 10.2 CE, y de las cláusulas de moralidad<sup>60</sup> u orden público<sup>61</sup> a las que en alguna ocasión ha acudido); el juego de la coexistencia de derechos fundamentales, obliga, pues, al establecimiento de límites, aunque entiendo que le asiste la razón a K. Hesse cuando señala que la *presunta contradicción entre normas constitucionales se puede solucionar de dos modos*:

<sup>58</sup> Para quien la “cláusula de comunidad” no constituye más que una derivación de la confusión, durante el período nacional socialista y especialmente debido a Siebert y Larenz, entre límites inmanentes e inherentes. No obstante lo acabado de apuntar, para el autor que ahora se cita, “La principal crítica de la cláusula de comunidad sin tener en cuenta su carácter circular y de concepto jurídico indeterminado es la ausencia de un fundamento constitucional, es decir, su no previsión en la Constitución”.

<sup>59</sup> Ciertamente, en numerosos casos esta doctrina de los límites inmanentes termina pareciéndose a la “cláusula de comunidad”, especialmente por el uso que se hace de ella por los Juzgados y Tribunales ordinarios.

<sup>60</sup> STC 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>61</sup> 65/1992, de 29 de abril.

establecer una decisión de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra o intentar conseguir una optimización de forma que se apliquen ambas normas constitucionales a la vez<sup>62</sup>. En este último sentido apuntar que, posiblemente en algunos casos, se juega demasiado la carta de las limitaciones y poco la de la coexistencia (por ejemplo en materia de libertad de expresión/honor), y desde luego el ALOPSC se apunta a lo primero.

Pero el dicho artículo 3 d) del ALOPSC plantea, además, un fundamental problema hermenéutico, pues se refiere a tres términos (*Constituyen los fines de esta ley... d) El respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades*). Pues bien, si en la primera expresión (el respeto a la ley) ya se refiere a la realización del Ordenamiento Jurídico ¿qué añaden las otras expresiones? ¿Cuál sería el contenido referencial de la “paz”? La Constitución española se refiere a la “paz social” en el artículo 10.1, y en el artículo 63.3 a, sin más apellidos, “la paz” pero en el sentido de “cesación del estado de guerra”. ¿Qué se debe entender, pues, por “paz” en el ALOPSC? Si excluimos la realización del Ordenamiento (ese referente ya está cubierto por el primer término), pareciera que la referencia sería a la “tranquilidad” no infractora del orden jurídico, pero que pudiera causar un estado de inquietud; sin embargo, dicha significación no sería admisible en ningún caso a la vista de que se trata de un condicionante en el “ejercicio de derechos y libertades”. Más aún: hay que tener en cuenta que a la hora del establecimiento de límites al, por ejemplo, derecho de reuniones y manifestaciones en lugares de “tránsito público”, la única causa constitucional de prohibición es la alteración del orden público “con peligro para personas o bienes” (artículo 21.2 CE<sup>63</sup>), lo que viene siendo interpretado en el sentido de infracción penal contra esos dos objetos (concepto que comprendería, según Carro Fernández-Valmayor, el contenido material de la “seguridad ciudadana”, que junto con el de “orden público” quedarían abarcados por el más amplio de “seguridad pública”<sup>64 65</sup>). Por tanto, una simple puesta en peligro de “la paz”, equiparada a una mera “intranquilidad” sin conculcación del ordenamiento penal en lo que importa a la protección de bienes o personas, no puede servir de condicionante para el ejercicio del derecho fundamental.

<sup>62</sup> Cita tomada de Gavara de Cara (*íd.*: 291).

<sup>63</sup> Véase también el artículo 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. También la interpretación del precepto y de la cláusula de “orden público” ofrecida por Martín Retortillo (1983), su trabajo, que es de referencia. Sobre la interpretación de este 21.2 CE véase el fundamental trabajo de Martínez Garay y Mira Benavet (2011: 80 ss.).

<sup>64</sup> Carro Fernández-Valmayor (*íd.*: 22 ss.). Véase el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, según el cual: *La Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación.- 2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley.- 3. Las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley .4. El mantenimiento de la Seguridad Pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Resulta de interés en este punto la obra de Barcelona Llop (1988). También la STC 66/1995, de 8 de mayo, para la cual: “Ciertamente, el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitualcurrir de la convivencia social, puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; sin embargo, sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el mencionado precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes”.

<sup>65</sup> El Tribunal Constitucional, sin embargo, en alguna resolución (STC 325/1994, de 12 de diciembre) ha tratado como equivalentes todos estos diferentes conceptos.

ESTUDIOS

Problemas similares existen con la referencia a la ya mencionada “seguridad ciudadana” (referencia fundamental en la vigente Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana). En este caso nos encontramos con un término que sí tiene presencia constitucional: en el artículo 104.1 CE<sup>66</sup>, y que ha sido interpretado por la mejor doctrina en conexión con el de “orden público” (en sentido estricto) y la seguridad pública como realización del orden jurídico en un cierto ámbito. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta que la norma ya se ha referido al “respeto a la ley”, ¿qué incorpora como novedoso, respecto de esta última referencia, la alusión a la “seguridad ciudadana”? Me temo que tanto con esta expresión como con la referencia a “la paz” se pretende ir mucho más allá de lo aceptable constitucionalmente; y esto encaja perfectamente con ese indisimulado deseo de amordazar la opinión pública, la protesta social, y, en último término, de hacer primar una presunta “eficacia” policial sobre la libertad (y a despecho de lo que se dijera en la STC 341/1993, de 12 de noviembre: *La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales*).

Por otra parte, es evidente que esta ampliación del control preventivo responde a esa política que de modo global se ha venido a denominar “securitaria” o de “seguridad ciudadana”, que se caracteriza por adelantar (prevención) los elementos de control a momentos anteriores a los de la producción del acontecimiento no deseado (lo que cohonesta con la llamada “sociedad del riesgo” y se plasma, desde el punto de vista penal, en un claro adelantamiento de barreras punitivas, todo ello junto con la banalización de las diferencias entre autoría y participación y la atracción típica de actos preparatorios generalmente impunes, lo que es propio de un derecho penal de autor –propuesta que, como se ha visto más arriba, se ha llevado al actual Proyecto de reforma del CP en materia de orden público)<sup>67</sup>.

37

---

<sup>66</sup> *Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*

<sup>67</sup> Aunque haya analizado alguno de los preceptos del ALOPSC no es el estudio de ese texto el objeto de las presentes líneas, pero ello ha sido obligado para poder entender en su plenitud la reforma penal actualmente en marcha. Lo dicho no impide, sin embargo, apuntar la gran alarma que ha provocado en el ámbito jurídico –y más allá de carencias técnicas, que las hay y no pocas- la presentación del Anteproyecto. Preceptos como los contenidos en los artículos 1.2 (con referencia expresa a la “tranquilidad de los ciudadanos” como objeto de la Ley), los “nuevos fines” reflejados en el artículo 3 b) y g) (la redacción de este último ha levantado especiales sospechas en relación con el respeto al derecho de huelga), el establecimiento del deber de colaboración recogido en el último inciso del artículo 7 (que convierte a todos los empleados públicos en policías en su respectivo ámbito, bajo amenaza de sanción), la identificación del artículo 16 que plantea problemas de constitucionalidad en atención a lo dispuesto en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, la detención administrativa a la que se refiere el artículo 17.2, las numerosas imprecisiones sobre el cacheo en el artículo 19, la retención de personas no vinculada a fines de identificación del artículo 20, y un largo etcétera, son motivos de enorme preocupación y de aseveraciones firmes de posible inconstitucionalidad. Pero se me permitirá que destaque especialmente algún renglón de los preceptos destinados a las infracciones a la seguridad ciudadana; lo primero que debe hacerse notar es el desmedido crecimiento de éstas, pues de 19 que se contemplan en la ley vigente se pasa a 58 (véase el Informe de la Fiscalía General del Estado al ALOPSC, especialmente la página 20); en segundo término señalar que se amplía la responsabilidad a los cómplices necesarios e inducidores (con una cláusula de autoría similar a la plasmada en el vigente artículo 28 CP) y se constituye el responsable solidario que en no pocos casos lo podrá ser en una configuración de responsabilidad objetiva, a despecho del principio de culpabilidad (artículo 29.2 y 3); se aumenta extraordinariamente la cuantía de algunas sanciones –las muy graves- en relación a lo dispuesto en la ley vigente (véase artículo 38), y un largo etcétera.

Pero llama especialmente la atención alguna de las nuevas infracciones (más allá de que algunas de ellas coincidan punto por punto con tipos penales –como el caso del artículo 35.9- o que presenten graves problemas de taxatividad –como las descritas en los artículos 34.2 y 6-, etc.), como por ejemplo las siguientes: considerar como infracción muy grave la alteración de la seguridad ciudadana no constitutiva de delito y grave idéntica conducta cuando no constituya ni delito ni infracción muy grave,

D) Todo lo dicho hasta aquí ilumina suficientemente las modificaciones efectuadas en los artículos 550 y ss. CP. De lo ahí propuesto (y más allá de lo apuntado más arriba relativo a la equiparación de los vigilantes de seguridad con los funcionarios públicos) sólo resta apuntar lo siguiente: 1º) De la misma manera que sucede, tal y como pondremos de manifiesto a continuación, con los delitos de lesiones, el texto del Gobierno echa por la borda muchos años de esfuerzos de la Jurisprudencia y la doctrina por delimitar los elementos típicos del delito de atentado y diferenciarlo de los de resistencia a la autoridad. Esto, no hace falta mucho énfasis para ponerlo de manifiesto, violenta gravísimoamente la seguridad jurídica y destruye estúpidamente el trabajo acumulado por muchos operadores jurídicos; 2º) El nuevo tipo del artículo 550 CP supone un renovado giro autoritario al absorber cualquier clase de resistencia violenta con independencia de su gravedad. Constituye todo un reforzamiento del “principio de autoridad”<sup>68</sup>; 3º) El artículo 551, tal y como aparece en el Proyecto, supone una nueva vuelta de tuerca en la represión de las manifestaciones de protesta; un incremento de la represión cuyo único fin es atemorizar a los ciudadanos. Por ello se incluye una agravación específica referida a la realización de actos “potencialmente peligrosos” para la vida o la salud (pero sin puesta en peligro concreto); la referencia, por lo tanto, es a un mero peligro abstracto que se llega a presumir, *iuris et de iure*, en los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes<sup>69</sup>. Con lo que digo no pretendo dejar desprotegidos a los miembros de la seguridad del Estado sino evitar lo que no son más que excesos punitivos, y que situaciones ya de por sí conflictivas y dotadas de una cierta dinámica agresiva (como son las manifestaciones en un contexto económico y político como el actual), se traten como si de “un baile de debutantes” se tratara; por ello hubiera sido suficiente la previsión de una agravación con puesta en peligro concreto de la vida o la salud; 4º) El actual tipo atenuado del artículo 555 CP deja de serlo, con lo que a los auxiliadores se les castigará por atentado aunque con un tipo que posee mayor amplitud que éste; en efecto, y como señaló el CGPJ en su informe, mientras que en el delito del 550 CP se exige que la intimidación sea

---

utilizando un elemento referencial –la “gravedad”- que está absolutamente privado de determinación e incluso difícilmente determinable, y además son conductas recogidas en el tipo descrito en el artículo 558 CP (artículos 34.1 y 35.1); *los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones...*, infracción que, nuevamente, carece absolutamente de taxatividad (artículo 35.5); alteraciones de la seguridad ciudadana usando capuchas, cascos o cualquier otro tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación (artículo 35.2), que (con independencia de reminiscencias históricas que deberían poner sobre aviso a los redactores de la norma, por lo que sería conveniente que leyieran el Bando de 10 de marzo de 1766 y se ilustraran sobre lo que pasó) más allá de problemas, otra vez, de taxatividad, los plantea, y gravemente, de proporcionalidad; las ofensas a España o a las Comunidades Autónomas o entidades locales, supuesto en el que se pone de manifiesto no sólo el decidido empeño del Legislador de huir de toda precisión en la determinación típica, sino también el de silenciar la crítica ciudadana (artículo 35.12); el ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación de servicios sexuales retribuidos en lugares de tránsito público... (artículo 35.13), no la realización de los mismos, lo que no se entiende qué diferencia presenta –como no sea la del “pecado”- a efectos de la seguridad ciudadana con el ofrecimiento, etc., de servicios sexuales no retribuidos; atentados al honor de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –no se sabe si la infracción cubriría también a los integrantes de la seguridad privada-, más allá de la protección que puede dispensarles los delitos contra el honor (36.3), contando además con su privilegiada situación procesal (véanse los artículos 47.2 y 52, verdaderos monumentos a la conculcación de la presunción de inocencia), y resucitando el viejo delito de desacato; etc.

Para concluir esta nota sólo remitir al Informe sobre el ALOPSC elaborado por la Fiscalía General del Estado –páginas 37 ss.) donde pone de evidencia muy graves problemas de procedimiento.

<sup>68</sup> A mi modo de ver yerra el Informe de la FGE cuando dice: “la resistencia, para que merezca la calificación de atentado debe venir acompañada de violencia o intimidación grave, por lo que la resistencia meramente pasiva sigue integrándose en la figura más benigna del art. 556”; y se equivoca porque no es lo mismo decir “intimidación grave y violencia” (que es lo que figura en el texto del Proyecto), que “intimidación o violencia graves”, en el segundo caso la calificación afecta a los dos referentes, en el primero, obviamente, sólo a la intimidación.

<sup>69</sup> Me remito a los comentarios efectuados más atrás en relación a los desórdenes públicos.

ESTUDIOS

“grave”, en el caso del nuevo 554.2 no se requiere, con la consecuencia de que quien ataca a los meros auxiliadores merece una pena mayor que quien hace lo propio con, directamente, los funcionarios correspondientes. Esto no tiene sentido y vuelve a poner de manifiesto una considerable falta de, al menos, cuidado en la elaboración de la ley de reforma; por otra parte, la pena resulta excesivamente agravada en relación al vigente artículo 555 CP, y también si se tiene en cuenta que la equiparación a efectos penológicos es excesiva porque, al fin y al cabo, los auxiliadores no son funcionarios; 5º) Se equipara a los sujetos activos de los artículos 550 y 551 CP a *los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones*. Creo, sin embargo y con Díez Ripollés (2013: 62), que se trata de supuestos que no se corresponden con el tipo básico de atentado y que tendrían un mejor tratamiento con la denegación de asistencia en general del Título X o, en último caso y si se decidiera mantenerlos en este Capítulo II del Título XXII, como tipo atenuado<sup>70</sup>.

#### 4. La lucha contra la corrupción

1. Que el sol sale todas las mañanas por el este y se pone por el oeste es tan cierto, y necesita tan poco aparato crítico, como la afirmación de que parte importante de la Administración Pública española, de los partidos políticos y de los sindicatos nacionales están en buena medida corrompidos hasta su núcleo (y a su lado, empresas y sindicatos patronales); y el que todos ellos –de forma concertada o no, con mayor o menor revestimiento “legal”- están despojando a los ciudadanos de su riqueza colectiva e individual, constituye también un aserto que, desgraciadamente y de tan evidente y conocido, no necesita demostración.

39

Tampoco hay que esforzarse en probar, ya lo he puesto más atrás de manifiesto, que los mecanismos realmente efectivos para detener la corrupción –los de control- o no funcionan (interesadamente), o sus gestores son realmente incompetentes o han sido (o están siendo) suprimidos.

Dicho todo esto, que es lo realmente importante, me centro a continuación exclusivamente en la reforma de algunos artículos de los contenidos en el Título XIX del Libro II CP (me mantengo, pues, exclusivamente en la corrupción pública), referidos a la malversación de caudales públicos.

#### 2. Sobre la malversación se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto:

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Como puede verse, se produce todo un cambio de modelo en la tipificación de la malversación que se lleva a cabo con referencia a la administración desleal. En efecto, es conocido cómo el Tribunal Supremo -y utilizó las palabras de Nieto Martín (2013: 789)-, tras más de siglo y medio de existencia del delito, descubrió, en

---

<sup>70</sup> Aunque en este caso, y como bien apuntan Cuerda Arnau, Olloquiugui Sucunza y De la Cuesta Aguado (2012).

los años 90, que el artículo 252 CP contiene dos figuras: administración desleal y apropiación indebida. A partir de ese momento, todo el desarrollo de las relaciones entre una y otra figura con la administración desleal recogida expresamente -a partir del CP1995- entre los delitos societarios, ha sido, y en buena medida –aunque no sólo- como consecuencia de las reglas de determinación de la pena, tremadamente confusa y no exenta de contradicciones (Roca Agapito, 2011: 741 ss.). Por ello era necesario realizar una modificación en todos estos tipos penales, y en ese sentido, y por lo que se refiere al modelo, la alteración –con carácter general<sup>71</sup>- producida con el Proyecto en lo que importa a la relación entre administración desleal y apropiación en el ámbito patrimonial privado es acertada, lo que facilitará enormemente la aplicación de estas distintas figuras.

Sin embargo, el esquema que el Legislador traslada a los delitos de malversación que consiste en construirlo, exclusivamente, sobre la administración desleal, considero que no es atinado; y no lo es porque, como con acierto manifiestan Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez (2013: 782), la administración desleal “a diferencia de la apropiación indebida, no sanciona conductas apropiatorias, sino de disposición fraudulenta de los bienes en la que el perjuicio causado no deriva de la expropiación de la cosa al titular, ni el beneficio se produce a consecuencia de la incorporación de la cosa poseída al propio o ajeno patrimonio, sino de su utilización desleal en interés propio o ajeno, pero sin apropiación/expropiación del bien”.

Lo acabado de exponer obliga –y, en realidad, de forma paralela a como se ha hecho en los delitos patrimoniales diferenciando apropiación indebida y administración desleal, y reflejando la actual relación entre los vigentes artículos 432 y 433 CP, aunque atendiendo a la especial relación entre el funcionario y los bienes que están a su disposición, a su cargo, lo que no necesariamente significa que los “tenga” por alguno de los títulos a los que se refiere el artículo 253 del Proyecto- a mantener –con algunos cambios de carácter meramente técnico- el actual tipo de malversación expropiatoria combinándolo con una nueva tipicidad de administración desleal que vendría a sustituir a alguna de las tipicidades actuales. De otra forma, lo que se acabaría provocando es, sencillamente, una desprotección frente a algunos comportamientos expropiatorios del patrimonio puesto a su cargo por parte de los funcionarios públicos.

40

Por lo que se refiere a la malversación por administración desleal parece más oportuno, en lugar de remitirse sin más al tipo de administración desleal de particulares -y como propone Roca Agapito (2013: 923)-, describir la tipicidad; y desde luego hacerlo –como sugiere Nieto Martín (*íd.*: 794 ss.), de una forma más taxativa de lo que aparece en el modelo tomado del Derecho alemán, el cual, como es conocido, obedece a una reforma efectuada por el nacionalsocialismo en el año 33, con una amplitud en la descripción plenamente fiel a las directrices del Derecho autoritario.

Entiendo, además, que no sería inoportuno realizar una previsión de malversación por imprudencia grave, aunque sancionada con penas más leves e

<sup>71</sup> Pues algunas de las decisiones en la nueva tipicidad son –entiendo- equivocadas, por ejemplo la que se refiere a la eliminación del “dinero” como objeto material del “nuevo” delito de apropiación indebida (artículo 253), lo que va a provocar, con seguridad, no pocos problemas. Pero, en lo que importa al modelo genérico la decisión es más que correcta (e insisto, al margen de que se tendría que haber salido al paso de algunos problemas o haber evitado la comisión de ciertos errores, verbigracia: se debería haber sido más taxativo en la redacción del nuevo tipo, o, como señala algún autor como Nieto Martín (*íd.*: 795 ss.), hubiera sido conveniente realizar previsiones particulares de administraciones desleales específicas; o tener en cuenta los patrimonios “autónomos” sin dueño –Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez (2013: 768 ss.).

ESTUDIOS  
incidiendo en las privativas de derechos (por resultar más apropiado ante razones evidentes que atañen al desvalor de la acción), para evitar conductas gravemente atentatorias al bien jurídico cometidas culposamente. Con ello se podría salir al paso de actuaciones de nuestros administradores públicos que han supuesto “negocios” absolutamente ruinosos para la Administración (los ejemplos de tantos aeropuertos desocupados o “proyectos” faraónicos de todo tipo, con inversiones verdaderamente multimillonarias, están en la conciencia colectiva).

En lo que interesa a las penas, tanto de la malversación expropiatoria como de la administración desleal del patrimonio público, deberían, en todo caso –es decir, también en el tipo imprudente-, no descender de los tres años de prisión, con el abierto objetivo de provocar la entrada en prisión de los funcionarios malversadores. Es decir: frente al mensaje que continuamente ha venido enviando el Consejo de Ministros (éste y los anteriores), de que los malversadores (especialmente si el destino del producto de la malversación era el financiar ilícitamente su partido político) deben ser tratados con benevolencia (lo que se ha venido traduciendo en los continuos indultos, totales o parciales, de que han sido, y están siendo, objeto), la prevención general, la preservación del bien jurídico protegido, requiere imponer penas de prisión de mayor dureza. Más aún: una política criminal coherente con la lucha contra la corrupción debería, y para evitar las continuas “bondades” del Consejo de Ministros con la “profesión de los políticos”, llevar a incluir como “disposición común” a los delitos contra la Administración Pública, la de prohibición del indulto a los funcionarios condenados por esos injustos (extendiendo así, no ilegítimamente, lo ya previsto en la Constitución para los miembros del Gobierno por el artículo 102.3). De no hacerlo así continuaremos viendo, como se ha denunciado ya<sup>72</sup>, cómo los delitos contra la Administración Pública son, proporcionalmente, los más indultados<sup>73</sup>.

41

Resta manifestar que con gran generosidad el Legislador, en los últimos tiempos, viene introduciendo en algunos delitos atenuaciones específicas en atención a la conducta postdelictiva del sujeto activo. Ello ha alcanzado el *desideratum* en el delito fiscal, siendo la generosidad del Legislador en este caso tanta que a base de “regularizaciones” puede el sujeto quedar totalmente exento de pena o con una sanción ridícula con la que no se pueden cumplir –es imposible- las finalidades de prevención general negativa (véase el artículo 305.4 y 6); con todo ello lo que se pone de relieve es la auténtica *ratio legis* de estos preceptos “premiales”: dejar en la impunidad el delito fiscal aunque con apariencia de que ello no es así. De esta forma puede decirse con absoluto rigor que en España sólo cometen delito fiscal los muy tontos o los exageradamente avariciosos; y que el Legislador nacional persevera con ahínco en buscar finalidades exclusivamente recaudatorias a la legislación penal.

Pues bien, estimo –y en ello vengo a coincidir con Roca Agapito (*íd.*: 927) - que la atenuación específica por colaboración en los delitos de malversación debería desaparecer, pues en nada contribuye semejante cláusula, antes al

<sup>72</sup> Un 1,6% de los penados: Doval, Blanco, Fernández Pacheco *et al.* (2011: 1 ss.).

<sup>73</sup> Considero que no fue ajeno a este propósito de indultar a los corruptos, la modificación efectuada en la Ley de Indulto en el año 1988. En efecto, la Ley de 1870 decía en su artículo 30: *La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta*; este texto fue modificado por Ley 1/1988, de 4 de enero, de modo que el vigente precepto reza así: *La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado*. Como se puede comprobar la modificación no es baladí: se eliminó, nada más y nada menos, que el requisito de la motivación y no es necesario explicar por qué dada su obviedad (aunque la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2013, ha devuelto la cuestión al estado inicial de la Ley, al exigir motivación en el caso del RD 1668/2012, de 7 de diciembre).

contrario, a la lucha contra la corrupción, siendo por otra parte suficiente a los efectos de la conducta post delictiva del culpable la atenuante genérica de reparación a la víctima del artículo 21.5<sup>a</sup> o la de confesión del 21.4<sup>a</sup>, ambas del CP<sup>74</sup>.

3. Pero la debilidad que se manifiesta en el Proyecto en la lucha contra la corrupción se pone en evidencia tanto por lo que falta como por lo que se reforma mal (para los intereses generales). En efecto, como ya he puesto de relieve anteriormente (Álvarez García, 2013b: 36 ss.), lo antidemocrático (siempre lo es la falta de compromiso en la lucha contra la corrupción) llega también por no implementar tipos penales que obliguen a los administradores públicos a ponerse a disposición de los ciudadanos; es decir: por evitar que la Administración Pública sea verdaderamente servidora de los intereses generales. Pues bien, en tanto que los ciudadanos están en buena medida alejados de cualquier posibilidad de ejercer un control efectivo sobre los administradores públicos<sup>75</sup> -pues ni siquiera se cuenta con acceso a la información-, se hace necesario acudir a la constitución de tipos penales con la consiguiente amenaza de sanción.

Ciertamente la Jurisprudencia penal ha tratado de ejercer ese control a través de tipos como el de la prevaricación del funcionario, y así, construyendo este delito en comisión por omisión, ha intentado penalizar la conducta de aquellas autoridades que reclamadas para realizar una acción referida a las funciones de su cargo, no la llevaban a efecto. El problema es que esta “solución” presenta no poco inconvenientes, entre los que se encuentran dos especialmente relevantes: primero, decir que la construcción de la prevaricación en comisión por omisión no resulta fácil técnicamente, por ello, no es extraño encontrar posiciones discrepantes (o fuertemente limitativas) en doctrina y jurisprudencia acerca de la posibilidad de edificar tal estructura delictiva en este delito; segundo, que incluso los partidarios de admitir la omisión impropia en la prevaricación, la restringen a ciertos supuestos –en los que es posible identificar un resultado. Es decir, y como conclusión, tenemos una Administración Pública servida por unos funcionarios a los que no podemos obligar –fuera de algunos supuestos que están expresamente contemplados como la obligación de perseguir delito o la de prestar asistencia sanitaria- a realizar muchas de sus funciones, a los que no podemos “doblarles el brazo” cuando no hacen aquello a lo que están obligados por el Ordenamiento, por lo que la mayor parte de las omisiones de los funcionarios respecto al deber del cargo<sup>76</sup> quedan fuera de control y de sanción, lo que coloca a los administrados, frecuentemente, en una situación “desesperada”, pues no tienen herramientas reales<sup>77</sup> para salir al paso de la arbitrariedad administrativa. Además, de lo que se trata es de contar con un

<sup>74</sup> Contrasta, además, la benevolencia en los supuestos de malversación con el rigor que se evidencia en el nuevo artículo 438: “La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código, en el que no existen posibles causas de atenuación.

<sup>75</sup> Ciertamente se podría contestar: lo ejercen a través de sus representantes, por ejemplo, en los Ayuntamientos por medio de los Concejales; pero esa, obviamente, es sólo una salida formal del problema, pues los Concejales están tan alejados de los ciudadanos como otros administradores, y generalmente sólo atienden a los intereses de sus partidos políticos –que en no pocos casos son radicalmente extraños, cuando no contrarios, a los de los ciudadanos).

<sup>76</sup> No en algunos casos, como digo; es, por ejemplo, el supuesto del artículo 320.1, últ., donde se recoge la conducta del sujeto que *haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*.

<sup>77</sup> Digo reales y no sólo teóricas, pues ya se, es evidente, que el administrado puede acudir al contencioso-administrativo para tratar de ver tutelado su derecho; pero teniendo en cuenta los tiempos (y los dineros) que se necesitan para obtener una sentencia firme en ese orden, no se trata de una posibilidad “real”.

ESTUDIOS

instrumento que permita controlar al funcionario en el ejercicio de su función, de modo que ante su inicial inactividad, y sin tener que esperar a que realice otro tipo penal, se pueda actuar contra él. Dicho de otra forma: resulta preciso incorporar al Código Penal un tipo de, al modo italiano, omisión o denegación de actos de la función, sin necesitar que se encuentren adjetivados (omisión de perseguir delitos, de juzgar, etc.). De esa forma, en el momento en que el funcionario infrinja dolosamente el deber del cargo (cuando el Alcalde no impida la prosecución de una obra sin licencia, no pare la edificación “salvaje” en terreno no calificado, no clausure un local que realice su actividad sin la necesaria autorización causando molestias difícilmente soportables a los vecinos, o cuando el Fiscal no acuse debiendo hacerlo<sup>78</sup>, etc.), habrá realizado un tipo penal.

En fin, no se trata de sugerir en este lugar todo un programa de tipificaciones, pero sí de indicar alguna medida con la que se podría combatir con mayor eficacia la corrupción. En este sentido recordar que en el CP no está tipificada la prevaricación imprudente, infracción que sí existió en nuestra legislación hasta el año 1995 cuando, en un momento histórico en el que estaban aflorando gravísimos casos de corrupción, sorprendentemente fue despenalizada (al contrario de lo que sucedió con la prevaricación judicial imprudente que continúa, justamente, en el artículo 447 CP, lo que es más llamativo pues el Juez se enfrenta en solitario –en el caso de órganos unipersonales- a la decisión, sin embargo en la Administración se cuenta con múltiples asesores jurídicos –no pocos nombrados por obra de resoluciones manifiestamente injustas- que pueden ilustrar sobre la adecuación o no a Derecho de la resolución que se pretenda dictar). Al respecto hay que tener en cuenta, además, que la tipicidad existente en el viejo artículo 358 CP1973, se refería, lógicamente, a la imprudencia temeraria, y que el dolo es muy difícil de probar en estas infracciones –lo que explica que hasta que se eliminó la prevaricación imprudente era ésta, en el caso de las judiciales únicamente ésta, la que aparecía en los repertorios jurisprudenciales, y sólo en muy pocos supuestos también la dolosa).

43

## **5. No existe prisión permanente buena (revisable) y mala (no revisable), sólo prisión permanente, es decir: cadena perpetua**

1. Quizás lo primero que haya que plantear en este apartado es la cuestión de cuál debería ser el máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad –y al margen de la cuestión de la pena de cadena perpetua que suscita, como digo, problemas distintos-, lo que es punto conflictivo tanto para la Jurisprudencia como para la doctrina. Recientemente Boldoba Pasamar (2006: 105 ss.), tras exponer, en lo que coincide con la casi totalidad de la doctrina, que *Las penas privativas de libertad de larga duración, con base en sus efectos desocializadores, plantean graves problemas desde varios puntos de vista: desde la humanización de las penas, hasta los derechos de los reclusos, en especial, el respeto debido a la*

---

<sup>78</sup> Es hora ya de que se controle penalmente a los Fiscales de la misma forma que se hace con todo el resto de los funcionarios públicos, ya sean judiciales o administrativos. Es más, en la falta de control del Ministerio Fiscal se encuentra, seguramente, una de las causas de la expansión de la acusación popular que tan injustamente, entiendo, está siendo criticada (por más que se haya de reconocer ciertos abusos en la utilización de la misma, abusos que en cualquier caso no son privativos de los acusadores populares pues se extienden también –y con mayor abundancia- a los acusadores particulares); y digo injustamente porque sin tal instrumento procesal –y ante la abulia persecutoria del Ministerio Fiscal en no pocos casos de corrupción- los supuestos de descontrol de conductas delictivas ligadas con la corrupción y las actuaciones arbitrarias de los funcionarios, sería mucho mayor. A nadie sensato se le puede ocurrir acabar o limitar fuertemente la acusación popular, pues ponerse en manos del Ministerio Fiscal –que actúa jerárquicamente y cuyo Jefe es nombrado por el Ejecutivo- significa lo mismo que echarse en manos del poder de turno, y renunciar a cualquier posibilidad de control en el ámbito penal.

*dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad*, se pronuncia sobre este espinoso tema diciendo: ..., en nuestro país existe un reconocimiento generalizado por parte de la doctrina científica de que una pena de prisión superior a quince años opera un deterioro considerable de la personalidad del penado, citando en apoyo de esta afirmación –actualizo las ediciones e incluyo el texto de la concreta cita- a Barbero Santos (1963-1964: 107), Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (1995: 905)<sup>79</sup>, Jescheck y Weigend (2002)<sup>80</sup>, Mir Puig (2002: 673) y Cerezo Mir (1994: 10; 2004: 36)<sup>81</sup>. Desde luego que a estos autores, y en un mismo sentido, se pueden añadir otros muchos, como Guanarteme Sánchez Lázaro (2007: 74)<sup>82</sup>, Jorge Barreiro (1996: 335)<sup>83</sup>, Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco (1996: 70)<sup>84</sup>, Sanz Mulas (2000: 220)<sup>85</sup>, Maxwell Fyfe (1948)<sup>86</sup>, Gimbernat Ordeig (2007)<sup>87</sup>, etc., etc.

Todas estas citas<sup>88</sup> vienen a cuenta de lo siguiente: en ninguna de ellas se justifica suficientemente, con el apoyo en alguna investigación criminológica, lo que se afirma; es decir, que la estadía continuada durante más de quince años en una prisión –en algún caso se habla, como se ha visto en esta nota y en la anterior, de doce o de veinte años-, produzca daños irreversibles en la conciencia del sujeto. Esos datos, además, sería difícil aportarlos, y no porque no existan –hay estudios, aunque mayoritariamente antiguos, fundamentalmente en el área anglo sajona<sup>89</sup>–, sino por la, entiendo, imposibilidad de aplicarlos sin más a distintos sistemas penitenciarios; y ello porque, creo, el problema no reside tanto en el tiempo privado de libertad como en el régimen de esa privación, y éste, el régimen (y las condiciones materiales), es sensiblemente diferente de unos países a otros, e incluso dentro del mismo país de unos casos a otros. Quiero con esto decir lo siguiente: a nadie se le ocultará que una estancia, incluso de mediana duración –seis u ocho años–, en una prisión centroamericana, brasileña, venezolana, etc., tiene que producir terribles consecuencias sobre la personalidad del interno –si es que

<sup>79</sup> Señalan: “una imprescindible reforma es la de reducir el máximo de su duración efectiva, al objeto de no traspasar los límites en que se opera una destrucción espiritual del penado”.

<sup>80</sup> Allí se dice: “...un encarcelamiento indefinido puede conducir a considerables trastornos de la personalidad”.

<sup>81</sup> En este último se dice: “En la moderna Ciencia del Derecho penal se considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir un grave deterioro de la personalidad del recluso”.

<sup>82</sup> Señala: “...un período de privación de libertad de duración superior a quince años causa tales perjuicios en el sujeto que lo transforman en un ser irrecuperable para la vida en libertad”.

<sup>83</sup> Dice: “...la Criminología moderna ha puesto de manifiesto que las penas privativas de libertad superiores a quince años de duración producen graves e irreversibles alteraciones en la personalidad del condenado”.

<sup>84</sup> Donde se precisa: “Las investigaciones criminológicas apuntan a que la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los quince años. Por encima de ese tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad, muy difíciles de reparar”.

<sup>85</sup> Señala: “Es por ello que ante todas estas previsiones excepcionales hechas por el código penal, y empezando por la propia del art. 36 y su fijación del tope máximo en 20 años, cabe aseverar...que, en lo que a este tema se refiere, ha desoído todas las recomendaciones psicológicas y criminológicas en que la moderna ciencia del Derecho penal se ha apoyado a la hora de aconsejar un límite máximo nunca superior a los 15 años de prisión continuada de libertad por el grave deterioro que en la personalidad del recluso supone”.

<sup>86</sup> Dice: “Por una parte la opinión pública difícilmente admitirá que un asesino sea liberado después de diez o quince años de prisión. Por otra, los expertos estiman que después de diez o quince años de prisión el individuo queda mental y físicamente degradado. Si la reforma debe ser el fin de la detención de los criminales, se sigue al parecer que la prisión real no debiera exceder de una duración de quince años. Se considera que un período más largo significa salvar el cuerpo del hombre en detrimento de su espíritu”.

<sup>87</sup> Allí señala: “...la privación perpetua de la libertad provoca en el penado ‘daños irreversibles en su personalidad’, conduciéndole a su ‘destrucción como ser social’”.

<sup>88</sup> En relación a ese tema puede verse también Álvarez García (2006: 28).

<sup>89</sup> Véase a este respecto Carrasco Andrino (2006).

éste sobrevive a su estancia en la prisión; y seguramente se debería decir lo mismo de las prisiones de algún país candidato a integrarse en la Unión Europea –véase Turquía-, y, desde luego, idéntico juicio –sino bastante más duro- hay que efectuar en relación a las prisiones rusas y de algún otro país otrora perteneciente a la antigua URSS, o a China, Marruecos, Israel, y a tantos otros en los que imperan sistemas no democráticos. Pero incluso en referencia a naciones de nuestro ámbito de cultura, las diferencias existentes entre los régimen penitenciarios impiden una extrapolación, al menos automática, de los resultados alcanzados en un determinado país a otro distinto.

Se trata de un tema ayuno de los suficientes estudios criminológicos pero de enorme importancia, pues si se concluye que una estancia en prisión de más de un determinado tiempo produce, generalmente, efectos psicológicos suficientemente graves y permanentes en los internos, habría que deducir, inmediatamente, las siguientes conclusiones: 1<sup>a</sup>) Las sanciones, por su duración, afectadas deberían ser consideradas, directamente, contrarias a la Constitución, pues su incompatibilidad con el dictado del artículo 15 (prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes) y el artículo 3 del Convenio de Roma —incorporado, a través de la Jurisprudencia del TEDH, a nuestro Derecho por la vía del artículo 10 CE— sería notoria, y 2<sup>a</sup>) Las finalidades de las penas a las que se refiere el artículo 25.2 CE resultarían, en todo caso, imposibles de alcanzar, por lo tanto todas las penas que presentaran este déficit deberían ser expulsadas del Ordenamiento, pues si bien, como se acaba de decir más arriba, la reeducación y reinserción social no constituyen las únicas finalidades de las penas, cualquier sanción que, *ab initio*, impida su consecución resultará contraria al texto constitucional.

De todas formas hay que tener en cuenta que toda privación de libertad, con independencia de su duración, y *per se*, produce determinados efectos psíquico-sociales en los internos<sup>90</sup>. La cuestión, por ello, es diferenciar entre efectos “normales” y “extraordinarios”. Pues bien, entiendo (en lo que interesa a las penas largas privativas de libertad —e, insisto, más allá de las consecuencias psicológicas que van anudadas a toda privación de libertad con independencia de su duración), “su constitucionalidad va unida irrenunciablemente a la puesta en marcha de dispositivos que impidan —o que racionalmente y respecto a la generalidad de los sujetos— o puedan impedir, el deterioro sobrevenido en la personalidad del sujeto. La cuestión fundamental, por tanto, no es si largas privaciones de libertad determinan inevitablemente el deterioro irreversible de la conciencia del sujeto, sino si es posible combinar penas largas privativas de libertad con un régimen de cumplimiento que evite esas consecuencias desfavorables; si esto fuera así, no habría problemas en afirmar la constitucionalidad de las penas largas privativas de libertad, hasta el límite en el que, por su duración, las citadas sanciones pudieran llegar a ser consideradas..., inhumanas o contrarias, de forma absoluta, a la finalidad de reinserción del sujeto” (Álvarez García (2009: 41).

2. Los partidarios de la prisión permanente (sea revisable o no) consideran adecuado condenar a una persona a pasar todo lo que les quede de vida en una celda y a morir en ella<sup>91</sup>. Pues me disculparán los penalistas que sostienen tal

<sup>90</sup> Véase Álvarez García (2009: 40 ss.). En esta obra, y como resultado de un estudio riguroso llevado a cabo en la prisión cántabra de “El Dueso”, se pone de manifiesto que no necesariamente estancias prolongadas en prisión producen los efectos psíquicos a los que se refiere la mayoría de la doctrina, aunque sí una importante desocialización -con este planteamiento vengo a modificar la posición que he mantenido anteriormente respecto a este problema.

<sup>91</sup> Posibilidad real en tanto y en cuanto la pena en cuestión (y respondiendo a su naturaleza de perpetua) no tiene un límite temporal obligado. En este sentido Savater (2008) comenta que los castigos irreversibles “identifican sin enmienda posible al criminal con su delito y niegan no ya la

opinión pero entiendo que esa decisión atenta directamente y sin tapujos contra la dignidad de la persona (amén de suponer un trato cruel, etc.), y es absolutamente impropia de nuestro desarrollo cultural<sup>92</sup>. Con esta materia sucede algo parecido a lo que ocurre con la pena de muerte<sup>93</sup>: no es cuestión de presentar pruebas acerca de si la pena de muerte es o no capaz de cumplir ciertas expectativas utilitarias, es decir, si su aplicación tiene efectos intimidantes o no de acuerdo con estas o aquellas estadísticas, pues aunque fuera la sanción más útil para la prevención del delito, incluso aunque consiguiera todos los resultados perseguidos, éticamente no me parece aceptable, es más se me antoja repugnante, y por lo tanto no voy más allá en la argumentación<sup>94</sup>. Pues bien, con la cadena perpetua (es decir, con la pena de prisión permanente revisable o no) sucede exactamente lo mismo: más allá de lo que dispone el artículo 25.2 de la CE, más allá de necesidades inocuizadoras o ejemplarizantes, más allá de las dificultades que existen para valorar la persistencia de la peligrosidad en el sujeto, más allá de la posible colisión con instrumentos internacionales signados por España<sup>95</sup>, la cadena perpetua no es aceptable éticamente. No lo es el arrojar a un ciudadano –por grave que haya sido el crimen cometido- a una cárcel de por vida: es lo mismo que desnudarle de todos los atributos que corresponden a una persona, declararle “no persona”, una perspectiva totalitaria absolutamente incompatible, por tanto, con un Estado democrático. No hay, pues, prisión permanente buena y prisión permanente mala, hay únicamente prisión permanente, cadena perpetua, y ésta implica la negación de la persona en lo que es su principal atributo: su dignidad<sup>96</sup>. De esta manera, la pena de cadena

---

perfectibilidad moral de la persona que ha delinquido sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida. Es, precisamente, esta idea de la perpetuidad la que hace singular –cuantitativamente distinta- a la pena de cadena perpetua respecto de las de prisión temporal, pues en estas con la ejecución –incluidos los beneficios penitenciarios que no deben considerarse más que parte del tratamiento- se pretenden finalidades de reeducación y reinserción; sin embargo, las perpetuas sólo es posible entenderlas en un sentido puramente retributivo.

<sup>92</sup> Incluso algún autor, lo que creo es acertado, entiende que implica ir en dirección contraria a la evolución de nuestra legislación, que precisamente, y desde el CP1928, ha caminado –y al contrario de lo sucedido en legislaciones centroeuropeas- en el sentido de prescindir de las penas perpetuas (esta idea fue brillantemente expuesta por Peñaranda Ramos en un Seminario celebrado el 4 de diciembre de 2013 en la Universidad Carlos III sobre el tema “El desafío del nuevo sistema de penas y medidas de seguridad: ¿Un futuro incierto?”).

<sup>93</sup> En este mismo sentido se pronunciaba Pacheco (1867: 315) insistiendo en lo que de común tienen ambas penas: su perpetuidad.

<sup>94</sup> Ya expuse motivadamente mi posición al respecto en Álvarez García (2001: 83 ss.), y a ello me remito, y también en Álvarez García (2004: 85 ss.).

<sup>95</sup> Sobre todo ello véase Cuerda Rieu (2011) y la bibliografía allí citada. Véanse también, Cuerda Rieu (2012); Gallego Díaz (2009); Lascurain (2010); Llorens (2012); Marín de Espinosa y Ceballos y González Tascón (2013: 2012 ss.); Morillas Cueva (2013: 459 ss.); Nistal Burón (2010); Pérez Royo (2009); Queralt (2000); Redondo Hermida (2009); Ríos Martín (2013); Rodríguez Ramos (2009); Sáez (1993); Sáez Rodríguez (2013: 7 ss.); Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch (2006) y Torío López (1986: 69 ss.).

<sup>96</sup> Tampoco está tan clara, como argumentan algunos –por ejemplo la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma que estoy comentando-, la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo a partir de la Sentencia de 18 de septiembre de 2012, caso James, Wells y Lee contra Reino Unido, en la que se declaran contrarias al artículo 5.1 del Convenio las formas de ejecución de las llamadas “condenas indeterminadas para la protección pública”. Se trata de supuestos en los que el sujeto es condenado a una pena de prisión de duración indeterminada, y sólo tras haber cumplido un cierto número de años y si logra demostrar ante una comisión *ad hoc* su ausencia de peligrosidad puede llegar a ser liberado. El Tribunal ha considerado que los fines rehabilitadores de la pena –consagrados tanto en el Derecho inglés como en los instrumentos internacionales- no resultan impugnados por la mera previsión legal de la “condena indeterminada”, lo que exige mecanismos concretos y capaces de conseguir esa rehabilitación. Esta resolución hace ver bajo un nuevo enfoque resoluciones anteriores del mismo Tribunal (véase, por todas, STEDH de 12 de febrero de 2008, caso Kafkaris contra Chipre).

En cuanto al Derecho Comparado (y al lado de algún ordenamiento nacional en el que expresamente se rechazan las penas perpetuas, como es el caso de Portugal), destaca la aceptación de la prisión permanente revisable en países como Alemania, Austria, Francia, Inglaterra, Gales o Italia, pero el que

perpetua que se introduce en el Ordenamiento y que es apoyada por algunos penalistas, tiene la principal consecuencia de servir para negarnos a nosotros

---

eso sea así no implica que semejante pena deba ser aceptada en España, de la misma forma que en nuestro país no se adoptan los sistemas de control del ejercicio del poder político y económico que existen en los citados países. A este respecto dice, con mucho acierto, Savater (2008): "No se trata de que España deba dictar lecciones a los demás países sobre estos temas, pero tampoco hay que resignarse a imitar lo que hagan otros, por mucho pedigrí histórico que tengan. El argumento de autoridad perdió vigencia al finalizar la Edad Media y no parece momento oportuno de resucitarlo, tal como está el mundo..."

Dice el artículo 11.1 de Ley 3/2003 del 14 de marzo sobre la Orden Europea de Detención y Entrega: *Cuando la infracción en que se basa la orden europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al derecho o práctica del Estado de emisión, con vistas a la no ejecución de la pena o medida.* Pues bien, no se trata, entiendo, de un reconocimiento ni siquiera tácito de compatibilidad de la pena de cadena perpetua (revisable o no) con la Constitución española, sino de una decisión en relación con la ejecución de la Orden de Detención Europea que, no hay que olvidar, establece límites muy rígidos a la revisión por parte del Estado requerido.

De todas formas, ha de tenerse en cuenta que, materialmente, alguna de las penas que contempla nuestra legislación vigente lo es ya de prisión permanente, es el caso de la pena de 40 años de prisión a la que se puede llegar en aplicación de lo previsto en el artículo 76.1 c) o d) del CP. En este sentido conviene recordar que en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha planteado dudas sobre la constitucionalidad de estas penas por su extraordinaria duración, y así ha manifestado que "unas penas excesivamente largas son un obstáculo para la posible reeducación y reinserción social del condenado e incluso pueden considerarse inhumanas y contrarias a la dignidad de la persona" (STS 1005/2001, de 31 de mayo. En el mismo sentido, SSTS 722/2000, de 25 de abril; 1772/1999, de 16 de diciembre; 367/1998, de 31 de marzo; 557/1996, de 18 de julio; 1822/1994, de 20 de octubre, y 1985/1992, de 29 de septiembre). Especialmente destacable es, también, la STS 1744/1993, de 7 de julio, según la cual:

*Del mismo modo ha de recordarse la afirmación del art. 15 de la Constitución de que todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, pueda ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes. Nuestro legislador, desterrando la perpetuidad en la imposición de las penas privativas de libertad, y atento a los fines de que se ha hecho mérito, ha concebido el límite de los treinta años, rebajado a los veinte en el Proyecto del Código Penal de 1992 -excepcionalmente de veinticinco y de treinta años para los supuestos que prevé, art. 77-, como tiempo máximo concebible de cumplimiento. No puede conseguirse o resulta muy difícil -afirma la Sentencia de esta Sala de 30-5-1992- la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien, sustraído a la mecánica normal del art. 70.2.º del CP, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el art. 15 de la Constitución [cfr. STC 65/1986, de 22 mayo].*

Pues bien, si esto ha dicho el Tribunal en relación a penas temporales, la conclusión en referencia a una pena permanente es más que clara.

En cuanto al Tribunal Constitucional su posición queda fijada en los siguientes términos en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, con los que, desde luego, no se está declarando la compatibilidad de la prisión permanente revisable con la Constitución, sino exclusivamente que a efectos extradicionales se considera garantía suficiente que en caso de imposición de la pena de cadena perpetua su cumplimiento no sea de por vida (también STC 49/2006, de 13 de febrero):

"..., a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicione la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida (STC 148/2004, de 13 de septiembre)".

mismos, puesto que el delincuente es en todas sus dimensiones esenciales igual a nosotros: al negarle a él su condición de persona nos despojamos de la nuestra.

Pero además de lo ya dicho –que en mi opinión es lo fundamental, la objeción ética- no es inoportuno añadir que el sistema propuesto con la reforma en marcha empeora el existente en el último CP español que incluía en su catálogo de penas la prisión perpetua<sup>97 98</sup>, el de 1870. En efecto, en el artículo 29 de ese Código se preveía:

Los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados<sup>99</sup> a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno.

Sin embargo, el sistema que trata de introducir la nueva reforma penal es mucho más grave: aquél –el de 1870- partía de la idea de que una pena de 30 años de prisión era ya un máximo, y que sólo en circunstancias extraordinarias debía continuar el cumplimiento; por ello la norma general era que alcanzado aquél término procedía la liberación a no ser que la Administración demostrara circunstancias verdaderamente extraordinarias. La “nueva” normativa que se trata de introducir con la reforma parte de otra idea [véase el artículo 92.1 c) del Proyecto<sup>100</sup>], y serán unos imposibles informes de evolución –además de otros factores, algunos no controlados por el sujeto como sus circunstancias personales y sociales y la gravedad del delito ya cometido- los determinantes de la puesta en libertad. Obviamente, en el caso de terroristas las exigencias son mayores, y no se

<sup>97</sup> Digo, y digo bien, que el CP1870 es el último en el que se registraba la pena de cadena perpetua. Sin embargo, hay que subrayar que el CP1928 establecía un sistema de sentencia indeterminada que sobre la base de medidas podía conducir a ingresos perpetuos en establecimientos especiales (véanse los artículos 96, 103, 104, 133 y 157 CP1928). A ese propósito Jiménez de Asúa y Antón Oneca (1929: 487) que “..., en ciertas medidas aseguradoras, como el manicomio judicial, la retención en establecimientos especiales de los delincuentes de hábito o incorregibles, y el internamiento en asilos o establecimientos especiales o de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos, no está tasada *a priori* su duración, y si el sujeto no se corrige o cura, permanecerá perpetuamente sometido a ellos. Mas observemos que estos medios no son penas, sino medidas de seguridad, y que no se proclama su carácter perpetuo *a priori*, sino que surgirá en tal caso como secuela del régimen de sentencia indeterminada que se ha adoptado con acierto” (llama la atención esta apelación a la sentencia indeterminada, pues aunque Jiménez de Asúa había sido muy influido por Dorado Montero –lo que se puso de manifiesto en su tesis doctoral sobre, precisamente, *La sentencia indeterminada*, Madrid (1913)-, posteriormente había evolucionado alejándose de los estrictos planteamientos correccionalistas-positivistas; y de hecho en una obra coetánea de la que se ha extraído la cita anterior – *El nuevo Derecho Penal. Escuelas y códigos del presente y del porvenir* (1929: 76 ss. y 114 ss.)–, impugna la oportunidad de las sentencias indeterminadas.

<sup>98</sup> En nuestra legislación histórica hay de todo, pues al lado de la Ley IV, Título 21, Partida 7<sup>a</sup> que admitía presidio o galeras perpetuas, una Pragmática de Carlos III (Ley VII, Título 40, Libro 12 de la Novísima Recopilación) estableció muy serias limitaciones. El CP1822 preveía la pena de trabajos perpetuos (artículo 28 y 47 ss.), si bien a los 10 años (idéntica previsión temporal que en la Pragmática de Carlos III) cabía relajar los trabajos perpetuos a deportación (artículo 144). El CP1948 la mantuvo en su escala de penas (artículo 24), aunque al decir de Vizmanos y Álvarez Martínez (1848: 225 ss.) la posibilidad de combinarla con el indulto la hacía aceptable (en una concepción de la finalidad de la pena como enmienda).

<sup>99</sup> Precisamente la existencia del indulto, y por ello la posibilidad de alcanzar la libertad, es lo único que, para Pacheco (*íd.*) podía vencer la repugnancia que sentía por esta pena. Comentaristas de los códigos penales de 1848 y 1870 se referían a la pena de cadena como la pena “de la desesperación” (es el caso de Buenaventura Selva (1870: 42).

<sup>100</sup> Que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepan esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”.

ESTUDIOS

exigirá únicamente ese pronóstico favorable, sino además que el sujeto “haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado...” (artículo 92.2 del Proyecto).

Pues bien, es evidente que estas últimas exigencias dirigidas a delincuentes terroristas no tienen nada que ver con reinserción social alguna; es más: una conducta como la mencionada en el caso de un terrorista de ETA a lo que obligará al sujeto, seguramente, es a extrañarse de su medio social, pues el papel de delator (a favor o en contra de la Justicia, es indiferente) siempre ha sido socialmente rechazado. Pero con independencia de lo acabado de decir, en el citado artículo 92.2 del Proyecto se establece: a) O bien la presunción de que no ha habido reeducación ni existen las condiciones favorables para una reinserción social de ser liberado si el sujeto no se “arrepiente activamente”, o b) Se incorporan exigencias que exceden de las propias para el cumplimiento de las finalidades de las penas establecidas por el artículo 25.2 CE. Pues bien, siendo lo primero falso (el sujeto puede haberse reeducado –en el sentido de haber aceptado los valores constitucionales- y estar dispuesto a llevar una vida en libertad absolutamente respetuosa con el Ordenamiento Jurídico<sup>101</sup>, sin embargo no quiere denunciar a sus antiguos compañeros en una organización de la que se ha disociado), lo segundo excede claramente de las exigencias constitucionales. A la vista de lo cual una conclusión se impone: ese número 2 del artículo 92 del Proyecto de reforma es claramente contrario a la Constitución y también al Convenio Europeo de Derechos Humanos; y siendo siempre sumamente arriesgado hacer una previsión en esta materia –y el jurista prudente no debe nunca hacerla- me atreveré a ello: el citado precepto, y por lo acabado de apuntar, va a ser declarado contrario a la Constitución o/y al CEDH, salvo que, obviamente, no llegue a ser Derecho positivo.

3. Finalmente señalar que el exceso represivo del que es portador este Proyecto de Reforma del CP no se cierra con la pena de cadena perpetua y las ya vigentes, y extremadamente prolongadas, penas “temporales” de prisión<sup>102</sup>, pues ha de tenerse en cuenta que en la reforma del CP efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo la libertad vigilada (García Albero, 2010), con la que el círculo se terminaba de cerrar, pues los largos años de prisión serán posteriormente incrementados con un período de libertad vigilada que puede durar hasta otros diez años más<sup>103</sup>; así aparecen, y como apunta Portilla Contreras (2008: 36), *las actuales políticas penales basadas predominantemente en el control, en la inspección permanente de los espacios en los que habitan esos sectores de riesgo, las nuevas ‘clases peligrosas’, una vigilancia que aglutina simultáneamente la técnica del Panóptico vigilante disciplinar y la ubicua observación permanente del Gran Hermano*. De esta forma se imputa toda la responsabilidad en la comisión del delito pasado y en el posible futuro, exclusivamente, al sujeto, desentendiéndose de ello la sociedad.

<sup>101</sup> Véase Álvarez García (2001: 55 ss.).

<sup>102</sup> No deben dejarse de lado las amplias facultades que se concede a las víctimas de los delitos para controlar la ejecución de las penas privativas de libertad y, especialmente, el nuevo “Estatuto de la Víctima” que ya está en fase de dictamen.

<sup>103</sup> Todo ello al margen del significado que la ejecución penitenciaria puede tener en relación con algunos tipos de delincuentes; véanse en este sentido las consideraciones que efectúa Rodríguez Yagüe (2010).

Esta medida de libertad vigilada afectaba en un principio –es decir, lo hace actualmente–, únicamente, a los delitos contra la libertad sexual y al terrorismo (artículos 192 y 579.3 CP). Sin embargo, en el actual Proyecto de reforma del CP la previsión es extender, también, la libertad vigilada a los delitos de: homicidio (asesinato, homicidio imprudente y auxilio e inducción al suicidio), lesiones, detenciones ilegales y secuestros, acoso del artículo 172 ter CP, malos tratos del artículo 173.2 CP, trata de seres humanos, hurto, robo, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, estafa, recepción y blanqueo de capitales<sup>104</sup>, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la seguridad colectiva (riesgo catastrófico, incendios, salud pública y seguridad vial) y orden público<sup>105</sup>. Es decir, a la mayor parte de los delitos que estadísticamente se cometen<sup>106</sup>, sólo queda fuera lo excepcional (no se va a aplicar únicamente, como esperaban los ingenuos, a delitos especialmente graves), por lo tanto la regla establecida por la reforma operada por la LO 5/2010 se ha invertido: la libertad vigilada será el régimen normal y sólo lo excepcional quedará fuera de ella.

Es decir, al lado del Derecho penal de la culpabilidad se construye un Derecho penal paralelo, tan amplio como el primero, de la peligrosidad, un “segundo Código penal” tal y como definiera Muñoz Conde (1985: 54) al derivado de la Ley de Peligrosidad de 1970. Un segundo Derecho penal que se aplicará, como se asevera en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio: *cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.*

Pues bien, marginando, lo que no es poco, los problemas aplicativos derivados de las dificultades (en no pocas ocasiones verdadera imposibilidad) del juicio de peligrosidad<sup>107</sup>, y de la implantación material de este Derecho penal de la peligrosidad por un coste en estos momentos inabordable, cabe decir que el Derecho Penal español ha comenzado a descender la peligrosa pendiente del derecho penal de autor.

<sup>104</sup> Naturalmente no están dentro de esta relación ni los delitos societarios ni el delito fiscal (por otra parte, y como ya he manifestado, inexistente en España).

<sup>105</sup> Es obligado, en este punto, llamar la atención sobre el hecho de que esta disposición permitirá establecer vigilancia especial a los autores (y partícipes) de los delitos de atentado, resistencia, desobediencia, desórdenes públicos... Es decir, se abre la vía, también, al control por el Estado de la disidencia social y política (no es la primera vez que esto ocurre en nuestra historia moderna, desde luego; debe recordarse en este sentido –y marginando el período de la Dictadura de Primo de Rivera– que la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 se utilizó, también, como instrumento para combatir los movimientos políticos de izquierda; en ese sentido la dicha norma se trató de aplicar al Secretario General del Partido Comunista, José Díaz, o a líderes anarquistas como Buenaventura Durruti –sobre la utilización de esta Ley para la represión política, véase Díaz Ramos (1970); obviamente la represión política fue consustancial a la dictadura que vino tras la Guerra Civil donde el control de la disidencia mostró mil caras, pero tras la Constitución no se había realizado un intento similar). Esta norma –la aplicación de la libertad vigilada a supuestos como los desórdenes públicos y similares–, habida cuenta de la fuerte incidencia que puede tener sobre el ejercicio de derechos fundamentales, sólo puede ser considerada contraria a la Constitución. Ya aquí no se trata meramente de un problema de técnica legislativa, o de una política criminal más o menos acertada o reaccionaria, sino que se están poniendo las bases para la construcción de un Estado Policía. Detrás de esta norma y de nuevas leyes como las de Seguridad Ciudadana y Seguridad Privada, vendrán nuevos reglamentos judiciales, tras los cuales, y con los oportunos cambios procesales y de la estructura orgánica y planta de los juzgados y tribunales, nos encontraremos con...

<sup>106</sup> No se diferencia, como se ha hecho en otros países, entre delitos graves o violentos (y siempre delitos sexuales) y el resto de los injustos (véase para una exposición del Derecho Comparado, Torres Rosell (2012: 15 ss.), pues el Legislador español prevé la aplicación de la libertad vigilada incluso para penas de unos cuantos meses de privación de libertad.

<sup>107</sup> Véanse las consideraciones que efectúan al respecto Vives Antón (1974); Muñoz Conde (1975: 42 ss.); Romeo Casabona (1986: 32 ss.); Cuello Contreras (2002: 148 ss.); Sanz Morán (2003: 87 ss. Y 96 ss.); Urruela Mora (2009: 72 ss.) y García Rivas (2011: 15 ss.).

## 6. Supresión del Libro III del Código Penal

En las enmiendas formuladas por el Grupo Comunista del Congreso al Proyecto de Código Penal de 1980<sup>108</sup>, se proponía la supresión del Libro III; motivando su propuesta de la siguiente forma:

La postura que se mantiene supone una seria actitud renovadora en todo nuestro sistema punitivo, tanto material como procesal, y obliga a afrontar algo estrictamente necesario: la implantación, clarificación y estructuración de un Derecho Administrativo Penal adecuado a las necesidades actuales en el doble aspecto de eficacia y garantía de los administrados, en el que tengan cabida toda una serie de conductas hoy comprendidas en el Libro III del Código Penal.

Lo que proponía el Grupo Parlamentario del Partido Comunista era muy sencillo: incorporar al Libro II las que denominaba “faltas delictuales” (las que no son más que degradación cuantitativa de tipos delictivos), y llevar todo el resto de las faltas a una “Ley General de Infracciones del Orden” (por adoptar la terminología alemana). Esta no sólo era una propuesta coherente con el principio de intervención mínima y *ultima ratio*, sino que materializaba la idea de que hay que comprender *las reacciones del ordenamiento como un continuum que comienza con los modelos menos traumáticos de reacción frente a la infracción tanto para el infractor como para la víctima, y finaliza con el uso del modelo penal de represión* (Álvarez García, 1999: 30).

Pues bien, este es el esquema que sigo considerando debería adoptarse<sup>109</sup>. En efecto, en relación a las faltas se deben afrontar sin demora –al menos- los siguientes problemas:

1º) Hay conductas con un claro sesgo de injusto administrativo y que para nada está justificado su tratamiento penal<sup>110</sup>; y no sólo desde el punto de vista

<sup>108</sup> Véase Enmienda núm. 1260.

<sup>109</sup> Algunos otros autores comparten, en líneas generales, esta propuesta; véanse al respecto, entre otros, Díez Ripollés (2013: 51 ss.). Una Ley como la aludida permitiría, además, ordenar el inmenso espacio que está ocupado por el derecho administrativo sancionador, y racionalizar y llevar la sensatez a un ámbito que está experimentando una expansión desordenada, sin criterio-guía en muchas ocasiones y con una intervención en el ámbito personal que no deja de plantear problemas en relación al libre desarrollo de la personalidad (piénsese, por ejemplo, en el caso de las Ordenanzas municipales; véase en este sentido, Rando Casermeiro (2010: 9 ss.).

Sin embargo, una ley general de infracciones del orden que era plenamente viable cuando el Grupo Parlamentario Comunista lo planteó, hoy en día es mucho más difícil de plasmar. En efecto, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas bloquea de salida esta posibilidad. A lo anterior hay que sumar el reforzamiento de la potestad sancionadora local (con carácter general, los artículos 139 a 141 de la Ley de Bases de Régimen Local, en la redacción introducida por la ley de reforma de 2003, que habilita con carácter general a los ayuntamientos para, en la línea de la jurisprudencia constitucional, tipificar infracciones y establecer sanciones en sus ordenanzas con sujeción a los criterios de antijuridicidad que fijan aquélla o que determinen las leyes sectoriales –la del Ruido es prototípica a este respecto; sobre todo ello véase Alegre Ávila (2004)). En fin, para superar estos problemas de armazón normativo harían falta una generosidad y una altura de miras que nunca han sido prenda de nuestros dirigentes políticos y desde luego no del Parlamento nacional, con lo que puede asegurarse que la dicha vía está cerrada. Ello no impediría, sin embargo, estructurar un sistema, en cada Comunidad Autónoma, que reflejara la visión general expuesta; pero para ello haría falta, también, una visión de la que carecen nuestros dirigentes autonómicos. En fin, con muchas más limitaciones podría abordarse la tarea desde el ámbito local; sin embargo, nuestros regidores no poseen las capacidades necesarias para afrontar el desafío.

La conclusión a todo lo anterior es que nos tendremos que aguantar (que no conformar) con un sistema sancionador administrativo “handicapado” a consecuencia de la absoluta incompetencia de quienes nos gobiernan.

<sup>110</sup> Pudiera ser el caso de las recogidas en los vigentes artículos 618.1 (que o constituye omisión del deber de socorro o no merece represión penal, si el sujeto no se encuentra en posición de garante) y 2 (incumplimiento de obligaciones familiares no constitutivas de delito), 620 (vejaciones, amenazas o

sustantivo, sino también desde el procesal, pues carece completamente de sentido, verbigracia, el que se ponga todo el lento, costoso y atascado aparato de la Administración de Justicia para reprimir conductas de meras alteraciones circunstanciales del orden público vecinal<sup>111</sup>. Es injustificable. Sin embargo, también sabemos que se trata de conductas que hay que reprimir. Por lo tanto pareciera que para todos esos comportamientos debería bastar la rápida y eficaz sanción administrativa (que no sólo debe consistir en multas, sino que la panoplia puede, y debe, ser más amplia). Ello se podría llevar adelante con unos “tribunales administrativos”, meramente “de policía”, no servidos necesariamente por magistrados profesionales sino por técnicos administrativos que en breves audiencias resolvieran la cuestión. Todo ello aliviaría no sólo la carga de los tribunales sino también de los órganos administrativos, además de reforzar las garantías ciudadanas; y sobre todo: posibilitaría una respuesta rápida y proporcionada a unas conductas sobre las cuales hay que hacer sentir los beneficiosos efectos de la prevención general negativa<sup>112</sup>.

---

coacciones injustas de carácter leve, así como amenazar con armas o exhibirlas en riña; el caso de las injurias leves entiendo que debe, todo lo más, encomendarse su protección al Derecho Civil), 622 (mera infracción del régimen de custodia de los hijos), 630 (abandono de jeringuillas en disposición de causar mal o en lugar frecuentado por menores), 631 (abandono de animales y suelta de animales feroces o dañinos en disposición de causar mal –esta conducta, sorprendentemente, es elevada en el Proyecto a la consideración de delito leve, lo que no deja de ser sorprendente tratándose de una conducta de mero peligro, siendo así que, como apuntan Fernández Hernández y Olloquiegui Sucunza (2013: 72) casos de resultado grave como el homicidio o las lesiones causadas por imprudencia leves son, sin embargo, derivados al Derecho Civil), 633 (perturbación leve del orden, aunque en el caso de juzgados y tribunales habría que atribuir al titular del órgano la competencia para, en procedimiento administrativo, imponer la sanción que correspondiera; a este último respecto debe tenerse en cuenta lo que preceptúan los artículos 684: *El Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 5.000 a 25.000 pesetas las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la Ley una corrección especial.- El Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerare oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el artículo anterior.- Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente.- Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituyan delito, serán expulsados del local y entregados a la Autoridad competente), y 687, ambos de la LECrim.: Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia, 634 (falta de respeto y desobediencia leve a la autoridad), 635 (allanamiento de local fuera de las horas de apertura), 636 (realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios) y 637 (uso público e indebido de uniforme o insignia –entiendo que si es de condecoración no debe comportar sanción alguna-, y atribución pública de una cualidad profesional amparada por título académico que no se posea).*

<sup>111</sup> La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma justifica la modificación en la disciplina de las faltas, fundamentalmente, en: “...reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales”. Desde luego no voy a poner en cuestión el que las decisiones de política criminal tienen que estar en función de los medios de los que se dispongan, por lo que algunas que quizás desde muchos puntos de vista fueren muy convenientes, no obstante no son abordables por la limitación de medios y hay que desecharlas, y conformarnos con un peor sistema penal (de la misma forma que ocurre con el sistema educativo o sanitario o con la dotación de la Armada). Sin embargo, lo que no es aceptable es argumentar en relación al atasco de los tribunales cuando éste se debe, fundamentalmente, a malas leyes procesales.

<sup>112</sup> Además, sin duda alguna, servirían para evitar la progresión en determinados comportamientos que implican alteración del orden público. Sirvan como referente todos aquellos comportamientos originadores de molestias en el vecindario, como la emisión de ruidos, humos, etc., que actualmente suelen causar malestar durante años; que tienen potencialidad para causar lesiones de diversa índole (especialmente psicológicas por alteraciones en el sueño), y que están terminando, tras largos procesos, en condenas penales (por atentados a la intimidad, lo que no deja de ser forzado). Son, sin embargo, conductas que con un adecuado tratamiento como el que se propone, quedarían reducidas a pequeños incidentes.

El Proyecto de CP de 2013 –y más allá de la eliminación del Libro III- no sólo no ha optado por este esquema sino que integra en el Libro II conductas claramente merecedoras de pasar a integrar meros injustos administrativos; es el caso, por ejemplo, de los artículos 633 y 634 CP, a la vista, como he señalado más atrás, de la inaceptable ampliación de los delitos de atentado y desórdenes públicos.

2º) Hay otros comportamientos –las aludidas “faltas delictuales”- respecto de las cuales el tratamiento más oportuno pareciera ser su integración en los correspondientes tipos delictivos de la Parte Especial, de los cuales únicamente les separa cuestiones meramente cuantitativas (la, verbigracia, mayor o menor valoración económica del objeto material del delito, en el caso del hurto, robo y hurto de uso de vehículos de motor, estafa, apropiación indebida, defraudaciones, y ataques a las propiedades intelectual e industrial –artículo 623 CP- o de la moneda falsa del artículo 629 CP, la alteración de lindes o mojones del artículo 624 CP, o los daños del 625 CP), lo que no justifica la degradación de su tratamiento a falta o a infracción administrativa –a salvo de la consideración de lo que quiera entenderse como “insignificante” en relación con los diferentes tipos delictivos, por ejemplo y especialmente en relación con las propiedades intelectual e industrial. Bastaría, pues, en estos casos con disponer de un marco penal suficientemente amplio que permitiera valorar adecuadamente la gravedad de la conducta en términos de pena<sup>113</sup>. Esto, por supuesto, va a suponer aumentar la gravedad de la respuesta penal en determinado tipo de situaciones en relación a la que se otorga ahora, pero ese argumento no impide que la solución que se propone sea la correcta<sup>114</sup> (el que

---

<sup>113</sup> Es el caso del artículo 621.1 CP. Con un esquema como este podría salirse al paso, además, de una situación que, sencillamente, no es aceptable, ni para el sistema ni socialmente. Me refiero a los supuestos, no escasos, en los que un mismo sujeto es detenido y condenado en decenas de ocasiones por la comisión de faltas de hurto: el tratamiento de todas estas situaciones, y a todos los efectos, como delito contribuiría sin duda alguna a la mejor protección del objeto jurídico y a un más fácil logro de las finalidades de prevención general (y, desde luego, permitiría prescindir de la desafortunada, por tantas razones, reforma que concluyó con la incorporación del párrafo II del artículo 237 CP, y similares, que a lo único que ha contribuido es a crear problemas de aplicación y no ha solucionado nada, lo que, por otra parte, era fácilmente previsible). Véase al respecto, Álvarez García (2011: 74 ss.).

<sup>114</sup> En este sentido apuntar que me parece francamente incorrecta y productora de una gran inseguridad jurídica la técnica utilizada para estas tipicidades. Tomemos como ejemplo el caso del hurto (igual en su estructura a buena parte de los “nuevos” delitos leves, como es el caso también de la apropiación indebida) recogido en el artículo 234 del Proyecto en donde se asevera:

*1. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses.- 2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 o 235 bis”.*

La tipicidad acabada de presentar me parece todo un monumento a la confusión. En efecto, las referencias al “escaso valor de los bienes sustraídos” y a “la situación económica de la víctima”, van a crear problemas sin cuenta a la hora de su delimitación, tal y como elementos de formulación similar han originado en otras ocasiones. Además ¿en qué debe afectar la situación patrimonial de la víctima en un tipo atenuado? Entiendo que en nada –no posee menor gravedad la conducta porque el sujeto pasivo tenga mucho o poco patrimonio, además la atenuación “Robin Hood” no cuadra bien con un Gobierno tan reaccionario-, pues la situación patrimonial del sujeto pasivo ha de tener relevancia, exclusivamente y dolo mediante, como agravante y en los casos a los que se refiere el artículo 235.4º CP.

Es decir, creo que lo más sensato y correcto técnicamente hubiera sido prescindir del número 2 del precepto, y completar el 1 con una pena alternativa (multa) en atención a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable (o plasmar esto mismo en un núm.2, como ocurre con el vigente artículo 147.2 o el último párrafo del artículo 368, ambos del CP). De esa forma se podría dar adecuada respuesta tanto a los casos en los que el valor del objeto material no sea excesivamente elevado (o aún siéndolo no implique una mayor gravedad, orillando así la equivocada referencia que se hace a los 1.000 € en el Proyecto, que nos aboca a una especie de delitos

durante años ciertos comportamientos hayan sido amenazados con una sanción menor, o que, incluso, hayan estado fuera del sistema penal, no impide el considerar que el tratamiento más adecuado sea el que en estas líneas se sugiere y no el que hasta el momento se haya seguido<sup>115</sup>).

3º) Cuestión aparte es la que plantean aquellas faltas imprudentes caracterizadas en lo subjetivo por una menor gravedad; es decir: homicidio o lesiones por imprudencia leve. Pues bien, entiendo que en casos como los citados la importancia del bien jurídico protegido, el resultado producido, su frecuencia y gran número de víctimas (piénsese en el tráfico vial) y las consecuencias procesales, abonan la idea de mantener las mentadas conductas en el ámbito penal<sup>116</sup>.

4º) En fin, hay supuestos que no tienen correlación –al menos meramente cuantitativa- con tipos delictivos recogidos en el Libro II y que, sin embargo, merecerían ser recogidos en éste como delitos leves; es el caso de los malos tratos de obra (artículo 617.2), o de la cesación de los deberes de asistencia de ancianos o discapacitados desvalidos y dependientes del sujeto activo (artículo 619), o el supuesto del artículo 626 (deslucimiento de bienes muebles o inmuebles, que podría integrarse en los daños), del 632.2 (maltrato a animales en espectáculos) o del 632.1 (que, como en el caso anterior, podría integrar un delito leve caracterizado por la ausencia de grave perjuicio), todos del CP.

## 7. Endurecimiento de la política criminal sexual

1. Nuevamente, y ya son incontables desde el CP1995, se propone una reforma del Derecho Penal sexual; y lo peor de todo es que ello se vuelve a hacer a trompicones y con un texto lleno de contradicciones y defectos técnicos, en parte con modificaciones innecesarias y siempre con severidad, que es como se ha tratado legislativamente al sexo desde el Código Penal de 1995. Desde esta última fecha todas las modificaciones efectuadas lo han sido para endurecer su tratamiento, a veces alocadamente y siempre con una asignatura pendiente: la de trazar una política criminal clara en relación al sexo de menores y con menores. Tampoco la cuestión de la prostitución está resuelta, y lo que se atisba (en ordenanzas municipales como las de Barcelona o Madrid, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, y sobre todo en una corriente puritana que está viniendo desde el norte de Europa, que clama por la punición de los clientes de la prostitución y por la reducción de ésta a la clandestinidad, el peor destino) no es tranquilizador.

En todo caso lo primero que hay que resaltar es la decisión del Gobierno de elevar el límite del consentimiento sexual hasta los dieciséis años<sup>117</sup>. A este

---

cualificados por el resultado), como a los supuestos en los que la multirreincidencia exige, por motivos de prevención general, acudir a penas más severas.

<sup>115</sup> Hay autores, sin embargo, que propugnan en estos casos una “congelación” de la sanción penal en los términos actuales, como si de “un derecho adquirido” del correspondiente injusto se tratara (es el caso, verbigracia, de Díez Ripollés (2013: 53)).

<sup>116</sup> Lo que se hace, sin embargo, en el Proyecto –y como dije más atrás- es llevarlas al Derecho Civil de daños (véase la propuesta efectuada por el Gobierno en relación al contenido de los artículos 621.2 y 3 CP).

<sup>117</sup> Esta modificación de la edad del consentimiento sexual no figuraba en el Anteproyecto que el Gobierno sometió al dictamen previo del CGPJ y de la FGE. Que esto haya ocurrido así no es nada extraordinario, pues a pesar de las obligaciones establecidas en los artículos 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y 108.1.2) de la LOPJ, el Gobierno debe estimar que no se encuentra vinculado; opinión que no comparte, desde luego, el Tribunal Constitucional (véase al respecto la Sentencia 181/1988, de 13 de octubre). Sobre todo ello, Álvarez García (2013c).

Además, en este caso, el Gobierno no puede alegar que la idea de elevar la edad del contenido sexual a los dieciséis años le vino después de aprobar el Anteproyecto y remitirlo al CGPJ y a la Fiscalía, pues

ESTUDIOS

respecto hay que decir que resulta curioso que a medida que se ha ido resquebrajando el tabú sexual en la sociedad española, a medida que se ha ido “descubriendo el sexo” y que la educación sexual –a pesar de la resistencia de los sectores más reaccionarios con la iglesia católica a la cabeza- se ha normalizado en las escuelas, la edad del consentimiento sexual se ha ido incrementando: de los doce pasamos a los trece y ahora a los dieciséis años. Obviamente ello ha provocado un endurecimiento general de las sanciones por la realización de conductas de naturaleza sexual con sujetos pasivos que no hayan cumplido aún los dieciséis años<sup>118</sup>.

Se trata de una decisión errónea que se dirige contra el uso social y que va a provocar una innecesaria conflictividad. Los adolescentes maduran sexualmente cada vez más pronto, no sólo física sino psíquicamente también, habiendo contribuido a esto último la educación sexual que se imparte en los centros de enseñanza y una sanísima “relajación de las costumbres”. Por eso carece de sentido, o sólo se explica como una nueva imposición del “pensamiento” español más reaccionario, el tratar de impedir a los adolescentes de entre trece y dieciséis años el tener un acceso normalizado al sexo; acceso que sólo ha de tener límites en la violencia, la intimidación, el engaño o el prevalimiento. Fuera de esos contornos, no es aceptable poner fronteras a la actividad sexual de personas que ya han madurado suficientemente su personalidad al menos en ese aspecto; en todo caso, y si hubiere falta de maduración, no es el Código Penal el instrumento adecuado para inducirla.

Pero además se da con esta reforma un decidido paso para castigar hechos que únicamente podrían producir reproche ético o moral<sup>119</sup>. Me refiero a buena parte de las tipicidades recogidas en el artículo 189.1, párrafo segundo, que reza así:

55

A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser

---

ya en el Anteproyecto se había incluido, en el artículo 182.1, una modificación en materia de edad según la cual el tratamiento de los abusos sexuales a menores sería disciplinado como sigue: 1. *El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.* Esa referencia a los dieciséis años condujo a la doctrina –cuando la interpretaba en relación al artículo 181.3- al estupor, pues era incoherente el texto propuesto en relación con el acabado de mencionar. Pero no se trataba de un error, sino el heraldo de la alteración que en el Proyecto de Ley iba a introducir el Gobierno tras “burlar” a las instituciones que deben emitir los informes preceptivos.

<sup>118</sup> Aunque, es cierto, la introducción de la cláusula que se incorpora en el nuevo artículo 184 *quater* contribuirá a mitigar los efectos de este endurecimiento: *El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez.*

<sup>119</sup> En este mismo sentido Morón Lerma y Fernández Teruelo (2013: 702) afirman: “La política penal europea en los delitos contra la libertad sexual y, en particular, en lo relativo a la pornografía infantil está lastrada por connotaciones morales que dificultan afrontar el tema con la objetividad y el rigor que éste merece”.

un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

La cuestión está, a mi modo de ver y al margen de la escasa fortuna en la redacción del precepto<sup>120</sup>, en lo siguiente: el bien jurídico protegido en estos injustos (indemnidad sexual) debe estar vinculado con la utilización de menores, no con la representación fiel o menos fiel de menores, sino con la participación directa de menores en el material de que se trate. Las imágenes, las representaciones visuales, más o menos realistas, de un menor o de sus órganos sexuales pero que no se correspondan con un menor “existente”, no deben ser en ningún caso objeto de integración típica, pues en esos supuestos no se protege a menores sino una determinada moral (o ni siquiera) que puede ser compartida o no, pero que no ha de ser materia de contemplación penal<sup>121</sup>.

2. En lo que importa a los tipos penales (y más allá de incoherencias y del hecho de que el Legislador se empeñe en usar, en ocasiones, distintas expresiones para referirse a idénticas situaciones, con lo que no sólo desaprovecha el trabajo acumulado durante muchos años por doctrina y Jurisprudencia, sino que provocará –hasta que se consoliden los nuevos conceptos, lo que suele tardar lustros– una inaceptable situación de inseguridad jurídica<sup>122</sup>) subrayar que se lleva a cabo un endurecimiento general de las penas que es también de la disciplina penal sexual entera, al incorporarse nuevas conductas a los tipos. Es el caso del estupro de prevalimiento en el artículo 182.1, o los nuevos 183.4 e), 183 bis, 183 ter.2, 188.2, 188.3 b), d) y e), 188.4, etc. A esto hay que añadir el ya anunciado incremento de todas las penas por la elevación de la edad del consentimiento sexual y también la de alguna de las figuras ya existentes (es el caso del estupro engaño del artículo 182.1 CP, en el que la pena pasará de prisión de uno a dos años a prisión de uno a tres años, lo que no deja de resultar llamativo en una conducta que ya no tiene apenas presencia jurisprudencial y que “sabe a rancio” (García Rivas, 2012: 618)<sup>123</sup>; agravación que también afectará al “nuevo” estupro de prevalimiento de personas entre dieciséis y dieciocho años a las que se extrae de la disciplina general del artículo 181.3 CP y se las encaja en este nuevo artículo 182.1, con la consecuencia de que no se les aplicará la alternativa de pena de multa prevista en el artículo 181.1 CP).

<sup>120</sup> A este respecto el CGPJ en su Informe al Anteproyecto (página 178) indicaba: “Estamos ante una redacción difícil, poco técnica y cuidada, que sin duda dará lugar a problemas interpretativos”.

<sup>121</sup> No se comparte este planteamiento en el Informe elaborado por la FGE al Anteproyecto (páginas 168 ss. de la “Memoria” enviada al Congreso, en el que se pedía al Legislador que fuera todavía “más allá”.

<sup>122</sup> Véase, por ejemplo, la propuesta modificación del artículo 182.1 CP donde el Legislador ha introducido una cláusula para abarcar situaciones no sólo de engaño sino de prevalimiento, pero lo ha efectuado empleando ya no la expresión consolidada en el artículo 181.2: “*prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*”, sino otra nueva y más insegura: “abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”. ¿Qué razones existen que justifiquen ese cambio? Sólo dos se me ocurren: la ignorancia y la soberbia.

<sup>123</sup> Se refiere a este delito en los siguientes términos: “La pervivencia de esta modalidad de abuso constituye una reminiscencia de tiempos pretéritos en los que la valoración de la mujer como sujeto propicio al matrimonio se veía afectada por la existencia de relaciones sexuales mantenidas bajo promesa del mismo, promesa incumplida después y que se interpretaba como engaño bastante para obtener la satisfacción sexual del varón, autor del hecho. Todo ello, en franca contradicción con los postulados actuales sobre la igualdad de la mujer y la imperiosa necesidad de otorgar al ordenamiento jurídico un carácter no sólo igualitario sino igualatorio”.

## 8. La recaudación como norte de la política criminal de la reforma

Ese afán recaudatorio ha vencido el corazón del reformador (que a la vista de sus principios ideológicos ya estaba predisposto a ello), lo que le ha llevado a hacer omnipresente la pena de multa. Para ello, y aprovechando la supresión del Libro III del Código Penal, no ha dudado en sustituir, siempre que ha habido ocasión, la pena de localización permanente por la de multa; así, por ejemplo, en el nuevo tipo que sirve para absorber la falta de hurto del vigente artículo 623.1 CP, ha dispuesto como única pena -en lugar de la localización permanente prevista en la falta como sanción alternativa-, la de multa. Lo mismo ha hecho en, por citar otros casos y en similares circunstancias, en las nuevas tipificaciones de los artículos 236.2, 249, párrafo 2º, 253, 254, 255, 256, 263, etc.

En otros casos, y “todo sea por la recaudación”, al suprimir la falta correspondiente al delito de que se tratara, no se hace en el Proyecto previsión alguna de menor gravedad mediante la construcción de un tipo atenuado que pudiera absorber aquélla respetando proporcionalidad, con lo que la pena pecuniaria prevista en la falta se ve incrementada más que notablemente, pues ésta pasa, sin más, a integrarse en el delito; es el caso, por ejemplo, de la falta del artículo 623.3 (robo y hurto de uso de vehículos del artículo 244 CP).

Hay supuestos, sin embargo, en los que sí se contempla un tipo atenuado en el que la sanción es de la misma naturaleza que la prevista actualmente en la falta destinada a ser absorbida, sin embargo la cuantía de la pena se incrementa notablemente en el Proyecto. Es el caso de la conducta contemplada en el vigente artículo 624.1 CP (alteración de lindes o mojones), que al pasar al nuevo delito del artículo 246 del Proyecto ve incrementada la sanción desde la actual multa de 10 a 30 días, a la de uno a tres meses del nuevo 246.2; y lo mismo sucede en el tipo de distracción de aguas de los artículos 624.2 del CP en relación al nuevo 247.2 del Proyecto. En el caso de las faltas patrimoniales (hurto, estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico, de terminales de comunicación, daños, etc.) no sólo, como se ha indicado más arriba, se elimina la pena alternativa, sino que la pecuniaria aumenta considerablemente (de los uno a dos meses actualmente prevista, hasta la de uno a tres meses).

57

Otros grupos de casos se podrían traer a colación pero que no añadirían nada a lo ya dicho; lo relevante es que el Proyecto del Gobierno ha hecho las previsiones de sanción no atendiendo a criterios de prevención general o especial, es decir: no atendiendo a los fines de las penas, sino exclusivamente a los recaudatorios. Sólo se ha introducido una salvedad a esta política, y es en materia de homicidio y lesiones por imprudencia leve donde, como he significado más atrás, en lugar de mantener las tipicidades en el Código Penal facilitando a los ciudadanos los medios de investigación, se ha optado por extrañarlas de éste buscando el beneficio de las aseguradoras privadas, y sólo secundariamente los ingresos que pueden proporcionar las tasas judiciales en los procedimientos civiles que haya que empeñar.

## 9. El apartamiento de los “buenos principios”. Los términos inseguros como técnica tipificadora. La ideología como impulso

1. El Legislador está obligado a proporcionar estructuras típicas sencillas, elaboradas utilizando un lenguaje claro, en lo posible indubitable y siempre mejorando la legislación anterior, al tiempo que procurando traer a la norma las experiencias habidas en la práctica. Pues bien, es justo eso lo que no se lleva a cabo en el Proyecto.

Así, contemplemos la propuesta de tipificación del delito de lesiones (que es uno de los que más trabajo proporciona a los tribunales). Como es conocido, después de muchos años se había llegado, gracias al esfuerzo de legisladores, doctrina y Jurisprudencia, a la constitución de un tipo básico “razonable”, en el que la separación entre delito y falta había dejado de ser –en términos generales- un problema, y donde, mediante la constitución de un tipo atenuado (que, quizás, faltó en el artículo 150 CP), se incluían términos adecuados de proporcionalidad mediante el reconocimiento de un arbitrio judicial “guiado” (utilizando referentes como los del resultado producido y los medios utilizados para causar la lesión, a la hora de afirmar el tipo atenuado).

En este “ambiente tranquilo” viene a inmiscuirse el Legislador con una propuesta en la que se demuestra un importante desprecio por principios básicos como el de seguridad jurídica. En efecto, asumida la decisión de suprimir el Libro III del CP y de incorporar al II las faltas dolosas de lesiones así como los malos tratos de obra, se presentaban, básicamente, dos opciones al Legislador: la primera de ellas consistiría en no despreciar todo el esfuerzo antes aludido y dirigido a distinguir entre delito y falta, y aplicar esa diferencia a la distinción entre el vigente delito de lesiones (más grave) y la nueva tipicidad procedente de la actual falta de lesiones<sup>124</sup>; a ello añadir el tipo atenuado y la falta de malos tratos. La redacción del nuevo artículo 147 CP podría, por tanto, quedar así:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.
2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.
3. Si la lesión a la que se refiere el apartado 1 sólo hubiere precisado de mera asistencia facultativa, será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días y multa de uno a dos meses.
4. El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de uno a dos meses”.

De esta forma, y como indicaba más arriba, se aprovechan las construcciones legales, doctrinales y jurisprudenciales realizadas en los últimos años, sin padecimiento, antes al contrario, de la seguridad jurídica.

Una segunda posibilidad técnicamente correcta consistiría en definir el delito de lesiones aprovechando la aludida diferencia actual entre delito y falta pero prescindiendo del vigente tipo atenuado recogido en el actual 147.2 CP (lo que implicaría una agravación del actual régimen sancionador). Es la fórmula a la que acuden Fernández Hernández A y Olloquiugui Sucunza (2013: 90 ss.), y que dejaría la tipicidad como sigue:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años.

---

<sup>124</sup> Es lo que propone Galdeano Santamaría (2013: 94 ss.).

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, cuando no haya requerido para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

3. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

El Proyecto, sin embargo, ha elegido la peor opción y construye como sigue:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, atendiendo al medio empleado y al resultado producido, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de tres meses y un día a doce meses.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Esta tipificación produce los siguientes efectos:

1º) Suprime, desde el exclusivo punto de vista de la sanción, el tipo atenuado tal y como hoy está incorporado al artículo 147.2 CP, y construye uno que por la dimensión de la sanción se quedaría a medio camino entre la pena del último tipo mencionado y la del vigente 617.1 CP, aunque mucho más cerca de aquél que de éste; todo lo cual supondría una considerable agravación del régimen sancionador.

2º) El marco penal del tipo básico (de tres meses a tres años) se concretará acudiendo como criterio, en primer lugar y excepcionando de esta forma las reglas generales de determinación de la pena recogidas en el artículo 66 CP<sup>125</sup>, “al medio empleado y al resultado producido”; criterio éste que debe ser el utilizado, también, para diferenciar entre el tipo básico y el nuevo atenuado. Sin embargo la expresión “medio empleado y resultado producido” no se debe interpretar de la misma forma en uno y otro caso, pues en el primero –para medir la pena entre tres meses y tres años- se parte de la idea de que las lesiones causadas poseen la gravedad suficiente como para ser consideradas lesiones del tipo básico<sup>126</sup>; sin embargo, en el segundo –para aplicar o no el tipo atenuado- es precisamente la cuestión de la gravedad en abstracto de la lesión la que está en juego (y una vez decidido que se aplica el tipo atenuado, habrá que acudir –ahora sí- a las reglas del artículo 66 CP para determinar exactamente la pena).

Todo esto provocará, abandonados los referentes de la “primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico”: a) que haya que construir “sobre los

<sup>125</sup> Lo que quiere decir que se viene a derogar de hecho todo el sistema de atenuantes y agravantes, pues estas quedarían sin espacio de juego en el marco penal; y quiere decir, también, que se opta decididamente por la relevancia del resultado o de los medios utilizados, prescindiendo por tanto en la determinación de la pena de todos los elementos de valoración de la acción que están presentes en el fundamento de las circunstancias: un gran paso atrás, pues.

<sup>126</sup> Podría entenderse también que la referencia sirviera únicamente para decidir si debe aplicarse la pena de prisión o la de multa; pero esta interpretación iría, entiendo, en un sentido contrario al del precepto y terminaría provocando, de hecho, la constitución de un nuevo tipo atenuado acudiendo a idénticos criterios que los que deben ser utilizados para entender de aplicación el tipo atenuado recogido en el número 2 del artículo 147 CP (debe tenerse en cuenta a este respecto que el límite máximo del marco penal de la pena de multa tanto en el tipo básico como en el atenuado coinciden, con lo que, en realidad, si se entendiera que la referencia al “medio empleado y resultado producido” sirviera para optar entre la pena de prisión o la pena de multa en el tipo básico, la conclusión sería la de que estamos ante dos vías diferentes para llegar a un mismo tipo básico).

lomos de los ciudadanos” y a través de un tiempo que no será corto, toda una dogmática que sirva para precisar el significado de “medio empleado y resultado producido” a efectos de diferenciar entre tipo básico y agravado de lesiones; b) que, en algún caso, y como consecuencia de haberse abandonado la distinción entre primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico, supuestos que ahora se encajan en la falta del 617.1 CP se terminarán incluyendo en el tipo básico del delito de lesiones; c) se va a “tirar por la borda” un esfuerzo de años, tanto por parte de la doctrina como de la Jurisprudencia, empeñado en depurar los tipos de lesiones, lo que constituye un dislate.

Como consecuencia de lo anterior todo va a ser más inseguro, más incierto, y ello se pagará en términos de seguridad jurídica, de igualdad en la aplicación de la ley, de taxatividad, de Principio de Legalidad<sup>127</sup>, y conducirá, además, a aumentar – por la vía de recursos- aún más el ya asfixiante trabajo que padecen los tribunales.

¿Qué harán los jueces cuando interpreten el nuevo precepto? Es decir ¿qué harán con los ciudadanos sometidos a su competencia una vez desmontado el anterior sistema? Con una gran sensatez Galdeano Santamaría (2103: 517) apunta: *La lógica y el sentido común harían pensar que deberían persistir los criterios ya fijados por la Jurisprudencia, y que las calificaciones jurídicas seguirían siendo las mismas. Pero la experiencia nos demuestra hasta la saciedad que la confianza extrema en el arbitrio judicial, sólo produce sentencias absolutamente dispares ante supuestos semejantes o iguales, dependiendo del órgano judicial del que emane. En muy poco tiempo, muchos jueces introducirán nuevos criterios y opiniones personales para determinar si estamos ante el primero o el segundo párrafo, generando una total inseguridad jurídica. Tal desigualdad evidenciará una ausencia total, ya no solo de la justicia material sino también de la justicia formal, en un delito, que es el rey numéricamente hablando, entre las infracciones contra las personas: estamos hablando de cientos de sentencias al año.*

2. El problema del “negacionismo histórico”. Siempre he entendido que no hay nada más peligroso que imponer verdades históricas; es decir, obligar, bajo amenaza de pena de prisión, a entender que tales o cuales hechos sucedieron de determinada forma. En este sentido, Europa está siendo recorrida por una fiebre (impulsada por el lobby judío) de tipificación de la conducta consistente en –con unas u otras matizaciones- negar el llamado holocausto<sup>128</sup>; y digo que nada más peligroso, porque las verdades de hoy pueden ser refutadas mañana y tenidas a partir de un cierto momento como falsedades. Por ello, tipicidades como la

<sup>127</sup> En este mismo sentido Galdeano Santamaría (2013: 517).

<sup>128</sup> Del cual se ha apropiado en exclusiva el sionismo, cuando es así que el mayor genocidio cometido durante la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial fue el que tuvo por objeto genérico al pueblo ruso, a los soviéticos, a los eslavos como grupo nacional y étnico cuya eliminación constituyó uno de los nortes de la maquinaria bélica y policial alemana (la Unión Soviética perdió cerca de treinta millones de personas en la contienda; en este sentido es de recordar la Orden número 166 de 1941 del Alto Mando Alemán dirigida a la 60 División de Infantería Motorizada de la Wehrmacht ubicada en el “frente del este” -en medio de la ofensiva alemana contra Rusia y cuando se hacían decenas de miles de prisioneros diariamente-, en la que se ordenaba la ejecución en masa de los prisioneros soviéticos con la motivación de que “dada la bravura y el alto valor individual de los soldados rusos, cualquier actitud humana con los prisioneros no puede ser consentida. La destrucción integral del enemigo debe ser llevada a cabo con cualquier medio” –Keitel pagaría en la horca la emisión de esta Orden. Por cierto, que instrucciones de este tipo –con más o menos matices- han sido habituales en los hechos bélicos, véase en este sentido la orden dada por Blücher cuando cargó en Waterloo al frente de sus húsares negros). Pero otros grupos, delimitados por distintos rasgos, fueron, como es conocido, diana de la política de exterminio: comunistas, homosexuales, gitanos y un largo etcétera; y todo ello más allá de la decisión de destrucción de otros colectivos como decisión puramente “política”, como fue el caso de los republicanos españoles (lo ocurrido en el campo de concentración de Buchenwald sirve como eficaz testimonio en este sentido).

ESTUDIOS  
 contenida en el nuevo artículo 510.1 c): *Quienes nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo*, las encuentro inoportunas.

Ningún mejor argumento para avalar lo anterior que el relato del que ha sido considerado uno de los genocidios más rápidos de la Historia<sup>129</sup>, me refiero a la “masacre en los bosques de Katyn”, en la que diez mil oficiales de la reserva polaca, además de otros cinco mil hombres, fueron asesinados –después de haber sido hechos prisioneros- por los soldados de la Unión Soviética al principio de la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial. El asesinato de ese contingente<sup>130</sup> constituyó, sin duda alguna, uno de los genocidios más destacados de la contienda, y por ello no deja de resultar llamativo que la citada matanza se incluyera en el Acta de Acusación de Núremberg “señalando a los alemanes”, a pesar de que a los aliados les constaba fehacientemente que la autoría correspondió a los soviéticos. En este último sentido es muy ilustrativo lo que manifiesta Churchill (1985: 294 ss.) en sus “memorias de guerra”: *A primeros de abril de 1943, Sikorski [Jefe del Gobierno Polaco en el exilio] vino a almorzar al número 10 de Downing Street. Me explicó que tenía pruebas de que el Gobierno soviético había asesinado a los 15.000 oficiales y prisioneros polacos que se habían entregado, y que éstos estaban enterrados en vastas fosas comunes excavadas en los bosques, principalmente en las cercanías de Katyn. Las pruebas las tenía en abundancia. Yo dije: ‘Si están muertos, ya no se puede hacer nada por hacerles volver a la vida’... es evidente que para dar crédito a la tesis rusa [de que los asesinatos los había llevado a cabo el ejército alemán] hace falta tener una fe ciega*<sup>131</sup>. La razón de que los Aliados –y especialmente los británicos- no denunciaron en aquellos momentos a los soviéticos fue la necesidad que tenían del “Ejército Rojo” para ganar la guerra, por lo que optaron por cerrar los ojos ante lo evidente; e incluso posteriormente, durante los procesos de Núremberg, tampoco quisieron incomodar a los soviéticos con acusaciones gravísimas que implicaban al mismo Stalin, y dejaron que se acusara a los alemanes de lo que sabían éstos no habían cometido. Pues bien, la versión oficial sobre lo sucedido en Katyn persistió hasta que el Presidente Gorbachov, muchos años después de acabar la guerra, reconoció que había sido la Unión Soviética la autora de la matanza<sup>132</sup>.

Relatos como éste, en el que muchos años después de haber sucedido los hechos se cambia completamente la versión de lo ocurrido, menudean, y desde luego muchas falsas historias sobre las barbaridades de la 2<sup>a</sup> Guerra y otras habidas posteriormente continúan vigentes, y especialmente muchos silencios<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> Título éste verdaderamente difícil de apropiación, a la vista de lo sucedido en Ruanda, la antigua Yugoslavia, Camboya...

<sup>130</sup> Que estaba constituido, como he subrayado, por oficiales de la reserva, es decir personas que integraban la capa intelectual y profesional alta de la sociedad polaca, y cuyo asesinato perseguía quebrar la columna vertebral de Polonia, privándola de las personas que, por su preparación, tenían la capacidad de “rehacer” la patria.

<sup>131</sup> Véanse sobre el mismo hecho las autorizadísimas “memorias” del General Anders Wladyslaw (2008).

<sup>132</sup> Gorbachov entregó al que fuera también Presidente de la Unión Soviética Boris Yeltsin la prueba documental de los hechos el 24 de diciembre de 1991; se trataba de la llamada “carta de Beria 794/B” de 5 de marzo de 1940 en la que se ordenaba la ejecución de los prisioneros, y que aparece con el Visto Bueno de Stalin. Véanse Czapski (2008: 476 ss.).

<sup>133</sup> Por ejemplo, ¿habría que acusar de negacionismo a los que rechacen que los norteamericanos cometieron genocidio –y no pocos crímenes de guerra- durante la guerra de Corea? ¿y durante las de Vietnam o Irak? ¿Acaso los polacos no acudieron al genocidio de la población alemana en los primeros días de la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial –y de los ucranianos al finalizar la contienda, y antes de ésta sobre los judíos? ¿y los checos sobre los alemanes –aquella horrible “procesión” en Praga, por ejemplo- al finalizar la 2<sup>a</sup> contienda? ¿y la de los estadounidenses con sus experimentos médicos en

Así pues, y por mera fidelidad histórica, ¿qué sentido tiene aferrarse a un determinado relato y convertirlo en referente de los tipos penales? ¿Dónde se encuentra el bien jurídico protegido en semejante delito? ¿A qué obedece el notable incremento de la pena que se produce con el nuevo artículo 510.1 c) en relación al vigente 607.2 CP (pues se pasa de una pena de prisión de 1 a 2 años a otra de 1 a cuatro años y multa)? ¿Por negar la existencia de un genocidio y de esa forma favorecer un etéreo “clima” de “hostilidad”? Desde luego que de esta tipicidad sólo puede decirse que carece de sentido y afecta gravemente a la libertad de expresión.

3. La inseguridad se ha adueñado –no es cuestión exclusivamente de la reforma en marcha- del CP. En este sentido debe señalarse que ya no hay una “evolución de la legislación” española en el sentido de progresión en líneas identificables, sino modificaciones legislativas frecuentemente caóticas. Quizás, incluso, pudiera decirse que la legislación española, en su conjunto, está experimentando en los últimos años un considerable proceso de desguace, y ello provocado no por nuestra integración en la Unión Europea sino por la realización de reformas y propuestas –muchas de ellas atolondradas- con las que sólo se piensa en lo inmediato sin tener en cuenta el contexto, ni a dónde se va, y sobre todo lo que implican (y eso afecta, insisto, a todo el Ordenamiento, y no sólo al penal); y de ahí las continuas reformas y contrarreformas (ejemplos de ellas pueden ser las inacabables modificaciones en el sistema de penas, en la Parte General, y en los delitos sexuales o el fiscal en la Parte Especial).

Así, han frecuentado las incorporaciones a los tipos penales de elementos subjetivos –expresión de la actitud interna- de imposible probanza; es el caso del artículo 381.1 CP (introducido por la reforma de 21 de junio de 1989, y provocada en buena medida por la injustificada resistencia de los tribunales a aplicar esquemas de dolo eventual en tentativa) y su referencia al “manifiesto desprecio por la vida de los demás” (fórmula que fue afectada por la reforma operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, en la que se sustituyó la referencia al “consciente desprecio...” por la vigente “manifiesto desprecio...”, en un intento de conceder una mayor materialidad a la fórmula). Pues bien, más allá de los loables esfuerzos realizados por algunos autores<sup>134</sup> y cierta Jurisprudencia en un intento de objetivar este referente, lo cierto es que la inseguridad en la interpretación del precepto es máxima, y se camina entre presunciones de concurrencia e incertidumbre en la fijación de los presupuestos de aplicación de un referente (el desprecio) cuyo mismo concepto es de muy difícil precisión (el propio Diccionario de la Real Academia le da el contenido de “desdén”, y éste lo define como: “Indiferencia y despego que denotan menosprecio”, con lo que entramos en un “bucle” de difícil resolución).

Pues bien, este camino de acudir a elementos de casi imposible precisión se recorre también en el texto del Proyecto de CP. Un ejemplo de lo que se dice lo proporciona el contenido del ya mencionado artículo 510.1 CP, pero en este caso en su apartado a): *Serán castigados... Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad...* ¿Cómo se fomenta<sup>135</sup> “indirectamente” la

---

Centroamérica? ¿y el continuado de los israelíes –del Estado de Israel- sobre los palestinos? ¿y los armenios? ¿con qué genocidios hay que tener memoria y con cuáles no? Se niegan algunos genocidios, se ensalzan otros, y, sin embargo, no existen problemas a la hora de votar a un genocida como Presidente de un Estado empeñado en denunciar el genocidio que con su pueblo se cometió (me refiero a Ariel Sharon, responsable de los hechos de Sabra y Chatila), y tampoco en acudir al sepelio de éste último mientras se le ensalza por sus “grandes hechos”.

<sup>134</sup> Por todos Gómez Pavón (2011: 1418 ss.) y Tamarit (2001: 1020 ss.).

<sup>135</sup> Se indicó ya más atrás, pero en este momento resulta preciso volver a insistir en que el Legislador utiliza como excusa la necesaria adaptación al Derecho de la UE, para exceder de las exigencias de las concretas normas comunitarias. Así sucede en este caso, pues la Decisión Marco 2008/913/JAI, para nada exige el castigo de las conductas consistentes en “fomentar o promover” el odio, etc. En

hostilidad<sup>136</sup>? ¿qué bien jurídico se protege en estas conductas? ¿qué espacio queda para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión? Garrocho Salcedo y Portilla Contreras (2013: 933) contestan tajantemente a estos interrogantes: *Al tratarse de un comportamiento previo al acto preparatorio de provocación de actos discriminatorios o violentos, la creación de un sentimiento etéreo (un estado de ánimo impune) de antipatía y aversión asentado en móviles discriminatorios, carece de capacidad para generar o incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico. Por ende, la penalización del germe de una intención infringe los principios de lesividad, al no lesionar ni crear un peligro relevante para la dignidad, igualdad o seguridad, quebranta la libertad ideológica, de pensamiento, expresión, y supone el retorno a un Derecho penal de autor.*

Esta indeterminación de contenidos –violación, pues, del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad- se produce asimismo en otros casos; es el supuesto del artículo 559 del Proyecto, que se refiere a: *La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la*

---

efecto, el artículo 1.1 de la citada DM establece: *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.* La conducta típica, como puede comprobarse, se refiere a la “incitación”, para nada se menciona “fomentar o promover”. Más aún, cuando en el apartado b) de dicho artículo se resuelve extender lo que pudiera entenderse exclusivamente como una incitación oral a otras formas de llevarla a cabo, se acota a; *difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales*; pero en ningún caso se abre el tipo al fomento o la promoción. Todavía más, la DM incluye una cautela en los apartados 2 y 4 de este artículo 1 de la DM, precisamente para evitar que la norma comunitaria “tropezara” con los ordenamientos internos; y así establece: *2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional*”. Pues bien, ninguna de las cautelas establecidas en la norma, antes al contrario, adopta el Legislador español, que se limita a no decir verdad cuando en la Exposición de Motivos de la Ley afirma que los cambios efectuados se deben al texto de la DM. Asimismo, una contemplación detallada del tenor de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, puede llevar a concluir que el precepto propuesto choca con la doctrina contenida en esta resolución, especialmente cuando el Tribunal Constitucional se refiere a: “La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente -como sugiere el Ministerio Fiscal- puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”. Sobre esta resolución, véase el comentario de Ramos Vázquez (2009); véase también, Landa Gorotiza(2001: 163 ss.).

<sup>136</sup> Término que tampoco se recoge en la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

*comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis....* Desde luego que si nos atenemos al significado de “consigna” recogido en el Diccionario de la RAE, la referencia debe hacerse a: *En agrupaciones políticas, sindicales, etc., orden que una persona u organismo dirigente da a los subordinados o afiliados.* Pero, claro, si se tratare de una orden impartida dentro de una estructura asociativa y con el dicho contenido, resultaría que el texto del nuevo 559 en realidad contendría un tipo atenuado, muy atenuado en relación a la pena que podría imponerse por la aplicación de las reglas de participación (o de autoría) en el ámbito del tipo del artículo 557 bis. Además, teniendo en cuenta que la referencia acompaña al sustantivo “mensajes” y en el contexto normativo en el que se encuentra, pareciera que el significado a atribuir a la expresión “consigna” no se refiere: ni a un contexto asociativo, ni a una orden en sentido estricto. Entonces ¿cuál es el significado? ¿sugerencia? ¿mero juicio de valor? ¿invitación? ¿opinión? Nada se nos aclara en el tipo delictivo que es donde, precisamente, hay que dejar claros los términos usados.

Otra tendencia clara es la consistente en el abandono de las cláusulas generales y el abrazamiento del casuismo. Ejemplo de esto lo puede dar el vigente artículo 149.2 CP; en efecto, este precepto fue introducido en el Código por la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. La razón de su incorporación provino de una serie de casos en los que familiares de niñas inmigrantes provenientes de África, aprovechaban las vacaciones para llevar a las menores a sus lugares de origen y allí proceder a la ablación del clítoris. El conocimiento de estos hechos originó el lógico y correspondiente rechazo social y la inmediata, y estúpida, reclamación para que se introdujera la referida conducta en el CP español ¡Cómo si no lo estuviere ya! En efecto, la legislación penal española siempre catalogó como delito la mutilación de los órganos genitales, como no podía ser de otra forma; por sujetarnos a la Codificación, aunque ya en las Leyes de Partidas se contemplaba, el Código Penal de 1822 la incluyó en el artículo 638, el CP de 1848 en el artículo 332, el Código Penal de 1870 en el artículo 429, el de 1928 en el artículo 530, el de 1932 en el artículo 421, y el de 1944 en el 418 ¿Por qué desapareció su punición expresa? Pues porque desde hacía años se había llegado al convencimiento de que para nada hacía falta existiendo, como existía, un tipo en el que se castigaba (artículo 419 CP1973) “al que mutilara a otro de órgano o miembro principal”, y es evidente que la castración se incluía en esa tipicidad<sup>137</sup>. Pues bien, como a partir de los años 1990 comenzaran a llegar a España emigrantes de zonas africanas en las que la castración femenina constituía “costumbre”, la publicitación en los periódicos de alguno de estos hechos<sup>138</sup> movió a los políticos de turno —siempre más atentos a la prensa que a las verdaderas necesidades de los ciudadanos y más, por supuesto, que a la razón— a anunciar “a bombo y platillo” que en España se iba a castigar la castración. En realidad, lo único que hacía falta para salir al paso de esa “ola de mutilación genital femenina” era modificar no el artículo 149 CP1995 sino el artículo 23 de la LOPJ, es decir: el ámbito de aplicación de la ley penal —cosa que también se hizo, aunque mucho más tarde, con la LO 3/2005, de 8 de julio— para posibilitar la persecución de la mutilación femenina. Es sólo un ejemplo, pero suficientemente ilustrativo de esa tendencia que va en contra del espíritu de la codificación, y que sólo provoca lagunas e incertidumbres hermenéuticas.

<sup>137</sup> En este sentido Cobos Gómez de Linares (1990: 792).

<sup>138</sup> Lo que ya había advertido Cobos Gómez de Linares (íd.) que iba a suceder a la vista de la experiencia ya vivida en Francia con la emigración africana, en lo que, naturalmente, no fue atendido.

ESTUDIOS

Pero el casuismo, mejor decir: el embrollo como técnica tipificadora, alcanza altas cotas en el Proyecto de CP; y en este sentido el ya citado artículo 510 es un verdadero constructo de defectos como han expuesto con acierto los citados Garrocho Salcedo y Portilla Contreras. Se trata de un precepto con cinco números, algunos de ellos con varios apartados de gran extensión que, en alguna ocasión, tienen varios párrafos, y que constituye un verdadero monumento a todo tipo de disparates. Siguiendo a los dos autores acabados de mencionar, y prescindiendo de otras críticas más atrás efectuadas, el enorme casuismo que presenta el precepto (las decenas de tipos en él acogidos) conduce a: sancionar *con más severidad el acto preparatorio de la discriminación que una discriminación efectiva de los artículos 511 y 512 CP; eleva desproporcionadamente e iguala injustificadamente la sanción de uno a cuatro años entre comportamientos de diferente naturaleza jurídica, que, evidentemente, no son merecedores de la misma pena...*, y esta tónica, la misma, la desgrana en varios de sus apartados. Pero ello sólo es consecuencia como digo de un enorme casuismo que a lo que conduce generalmente es a lagunas de punición, problemas hermenéuticos, conculcación de las exigencias de taxatividad, del principio de igualdad...

Pero como digo esa tendencia a “desmontar” nuestro Ordenamiento sin pensar un solo momento en las consecuencias es observable en todas las ramas del Derecho; y ello se hace tanto con reformas que afectan a las bases mismas del Ordenamiento jurídico español, y que de consolidarse supondría una auténtica hecatombe jurídica (véase en este sentido el contenido del artículo 602 del Anteproyecto de Código Procesal Penal, según el cual: *La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tendrá carácter vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal, que interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por la indicada Sala*<sup>139</sup>), como con la introducción de singulares instituciones que acumuladas a otras existentes producen un caos considerable de múltiples e imprevisibles consecuencias, pero todas ellas nefastas para la seguridad jurídica (es, verbigracia, el caso de las “parejas de hecho” y su convivencia con el “matrimonio”); y todo ello rompiendo las escasas líneas de sentido que ocasionalmente se trazan (es el supuesto de, por ejemplo, la regla general del silencio administrativo que cada vez es más excepcionado hasta hacerla casi irreconocible, lo que produce una constante confusión).

En el sentido acabado de indicar, la introducción contracultural de la pena de cadena perpetua revisable no es más que una modesta contribución del actual Legislador al caos general de la legislación española.

## 10. Breve conclusión

Estamos ante un mal Proyecto, ideológicamente reaccionario, jurídicamente contrario al texto constitucional en no pocos de sus extremos y técnicamente lamentable. Es un Proyecto que si no se modifica profundamente en su tramitación parlamentaria, terminará produciendo más injusticia, un aumento de la tensión social y más retraso en la Administración de Justicia.

## Bibliografía

ALEGRE ÁVILA, J.M. (2004), “Potestad sancionadora y Entes Locales: el Principio de Legalidad Sancionadora”, *Revista de Estudios Locales*, Núm. 71, pp. 28-36.

---

<sup>139</sup> A este respecto véase Álvarez García (2013: 34 ss.).

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2011), "Los delitos de hurto y el «*furtum possessionis*»", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1999), *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2001), *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2004), "Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad", en DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. et al. (dirs.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2006), "El nuevo modelo de política criminal", *Jueces para la Democracia*, Núm. 57, pp. 18-32.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2009), *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013a), "Las prioridades de la justicia criminal", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013b), "Introducción a los delitos contra la Administración Pública", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte Especial (III). Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013c), "Problemas en la tramitación del anteproyecto de reforma del código penal de 2012", *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, ReCrim*, Nº. 9, Disponible en: <http://www.uv.es/recrim/recrim13/recrim13n04.wiki>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- BARBERO SANTOS, M. (1963-1964), "La pena de muerte, problema actual", *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXII, Núm. 2, pp. 79-113.
- BARCELONA LLOP, J. (1988), *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- BAUCELLS LLADÓ, J. (2013), "Desórdenes públicos", *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLAY, E. (2013), "El control policial de las protestas en España", *InDret*, Núm. 4. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1000.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- BUENAVENTURA SELVA, N. (1870), *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta Española, Madrid.
- CÁMARA DEL PORTILLO, D. (2012), "La intervención administrativa en la Seguridad ciudadana y los espectáculos públicos", en LINDE PANIAGUA, E. (coord.), *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, Colex, Madrid.
- CARRASCO ANDRINO, M.Mª. (2006), "Efectos en la salud de las penas privativas de la libertad de larga duración. Su consideración en el mundo anglosajón", inédito.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1990), "Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 27, pp. 9-26.
- CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2013), "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- CEREZO MIR, J. (1994), *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992. Lección inaugural del Curso académico 1993-94*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza.
- CEREZO MIR, J. (2004), *Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción*, Tecnos, Madrid.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. (1990), "Comentario al artículo 418", en ÁLVAREZ GARCÍA, J. et al. (coords.), *Código penal comentado*, Akal, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002) *Derecho Penal español. Parte General*, Dykinson, Madrid.
- CUERDA ARNÁU, M.L., OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I. y DE LA CUESTA AGUADO, MP. (2013), "Delitos contra el orden público. 27.1. Atentado, resistencia y desobediencia", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUERDA RIEZU, A. (2011), *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier Libros, Barcelona.
- CUERDA RIEZU, A. (2012), "Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión", OTROSI, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Núm. 12, pp. 29-33.
- CZAPSKI, J. (2008), *En tierra inhumana*, Acantilado, Barcelona.
- CHURCHILL, W. (1985), *La Segunda Guerra Mundial. África redimida. VIII*, La Esfera de los Libros, Barcelona.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2002), *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DE OTTO Y PARDO, I. (1988), "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO Y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1998), "La 'privatización' de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad", en EGUZKILORE, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Núm. 12, extraordinario, pp. 115-132.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004), "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Jueces para la Democracia*, Núm. 49, pp. 25-42.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2006), "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 08-07. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2013), "Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2011), *Prisiones de empresa, reformatorios privados. Dos estudios de política penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I. (2013), "Notas críticas sobre la conversión de las faltas en delitos en el Anteproyecto de Reforma de 2012", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. (2013), "Delitos contra la integridad física", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALDEANO SANTAMARÍA, A. (2013), "Falta de lesiones", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALLEGO DÍAZ, M. (2009), "El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua", *Razón y fe*, Núm. 1329-1330, pp. 51-62.

- GARCÍA ALBERO, R. (2010), "La nueva medida de libertad vigilada", *Revista Aranzadi doctrinal*, Año, 2010, Núm. 6, pp. 183-196.
- GARCÍA RIVAS, N. (2011), "La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad", *Revista General de Derecho Penal-IUSTEL*, Núm. 16. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=410995](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410995). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- GARCÍA RIVAS, N. (2012) "Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales", ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARROCHO SALCEDO, A. y PORTILLA CONTRERAS, G. (2013), "Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GAVARA DE LA CARA, J.C. (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2007), "Ineficaz e inconstitucional", *El Mundo*, 13 de septiembre de 2007.
- GÓMEZ PAVÓN, P. (2011), "Delitos contra la seguridad del tráfico", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRACIA MARTÍN, L. et al. (2006), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (2007), "Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores", *Revista Penal*, Núm. 19, pp. 70-84.
- IZU BELLOSO, M.J. (1988), "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 58, pp. 233-354.
- JAÉN VALLEJO, M. (2012), "Prisión permanente revisable (Una nueva pena basada en el Derecho Europeo)", en *Diario del Derecho. Iustel*, 6 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1106086>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- JEREZ DARÍAS, L.M., MARTÍN MARTÍN, V.O. y PÉREZ GONZÁLEZ, R. (2012), "Aproximación a una geografía de la corrupción urbanística en España", *Ería*, Núm. 87, pp. 5-18.
- JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1913), *La sentencia indeterminada*, Ediciones Jurídicas Sociales, Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J. (1929), *Derecho Penal conforme al Código de 1928. Obra ajustada al Programa de 10 de julio de 1929 para el cuerpo de aspirantes a la judicatura*, Reus, Madrid.
- JORGE BARREIRO, A. (1996), "El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Núm. 2, pp. 327-385.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada.
- LASCURAIN J.A. (2010), "Los males de la cadena perpetua", *El Mundo*, 10 de junio de 2010.
- LÓPEZ PINA, M. (1991), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid.
- LLORENS, T. (2012), "Liberalismo y cadena perpetua", *El País*, 28 de noviembre de 2012.

- MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1996), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid.
- MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E.B. y GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. (2013), “Prisión perpetua (artículo 36.3 y 4 CP)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ GARAY, L. y MIRA BENAVENT, J. (2011), *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1973), *Las sanciones de orden público en Derecho español*, tecnos, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1975), *La cláusula de orden público como límite – impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1983), “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, en MARTÍN RETORTILLO, L. *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración local. Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1983), “Notas para la historia de la noción de orden público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 36, pp. 19-38.
- MAXWELL FYFE, D. (1948), La peine de mort, *Revue Internationale du Droit Penal*, Núm. 2.
- MIR PUIG, S. (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Editorial B. de F., Barcelona.
- MORILLAS CUEVA, L. (2013), “Pena de prisión versus alternativas: una difícil convergencia”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, Núm. 1, pp. 450-498.
- MORÓN LERMA, E. y FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2013), ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho Penal*, Editorial B. de F., Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985), *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria, Jerez.
- NIETO MARTÍN, A. (2013), “Administración desleal”, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NISTAL BURON, J. (2010), “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de ‘cadena perpetua’ como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, *La ley*, Núm. 68, pp. 31-37.
- PACHECO, F. (1867), *El código penal, Concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. (2008), *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEREZ ROYO, J. (2009), “Cadena perpetua”, *El País*, 20 de febrero de 2009.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2008), *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmoderno*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- QUERALT, J. (2000), “¿Redoblar las penas?”, *El País*, 9 de noviembre de 2000.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2009), “La declaración de inconstitucionalidad del delito de ‘negacionismo’ (art. 607.2 del Código Penal)”, *Revista Penal*, Núm. 23. Pp. 120.137.
- RANDO CASERMEIRO, P. (2010), “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *Indret*, Núm. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/rando\\_casermeiro.pdf](http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- REDONDO HERMIDA, A. (2009), “La cadena perpetua en Derecho Penal español”, *La Ley Penal*, Núm. 62, p. 4.

- RICO, J.Mª. y SALAS, L. (1988), *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid.
- RÍOS MARTÍN, J.C. (2013), *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoa, San Sebastián.
- ROCA AGAPITO, L. (2011), "Delitos societarios", en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROCA AGAPITO, L. (2013), "Delitos de malversación: arts. 432 y ss.", en ÁLVAREZ GARCÍA. F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª. y SERRANO GÓMEZ, A. (1995), *Derecho penal español. Parte General*, Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2009), "Cadena perpetua", *El País*, 20 de febrero de 2009.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2010), "Las respuestas del ordenamiento penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?", *Revista General de Derecho penal-IUSTEL*, Núm. 13. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=408994&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408994&d=1). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- ROMEO CASABONA, C. (1986), *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (2013), "Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del código penal español". *Indret*, Núm. 2/2013. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/962.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- SÁEZ, J. (1993), "Sobre la cadena perpetua", *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, Núm. 15, pp. 7-8.
- SÁNCHEZ, J.L. (2013), *Las diez mareas del cambio*, Roca, Madrid.
- SANZ DELGADO, E. (2000), *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid.
- SANZ DELGADO, E. (2009), "La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 56, pp. 13-27.
- SANZ MORÁN, A. (2003), *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid.
- SANZ MULAS, N. (2000), *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. (2006), "La sentencia del TEDH en el asunto Léger contra Francia de 11 de abril de 2006. Sobre la compatibilidad de las penas de larga duración con las exigencias del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 7, pp. 264-268.
- SAVATER, F. (2008) "Contra la cadena perpetua", *elcorreo.com*, 23 de agosto de 2008. Disponible en: <http://www.elcorreo.com/vizcaya/prensa/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- TAMAMES, R. (1960), *Estructura económica de España*, Alianza Editorial, Madrid.
- TAMARIT JUMALLA, J.M. (2011), "De los delitos contra la seguridad del tráfico", en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal Español (Tomo II. Arts. 234 a DF. 7º)*, Cizur Menor -Navarra.
- TORÍO LÓPEZ, A. (1986), "La prohibición constitucional de las penas y de los tratos inhumanos y degradantes", *Poder Judicial*, Núm. 4, pp. 69-84.
- TORRES ROSELL, N. (2012), "Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 14-06. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-06.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

- URRUELA MORA, A. (2009), *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada.
- VIVES ANTON, T.S. (1974), "Métodos de determinación de la peligrosidad", en *Peligrosidad Social y Medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VIZMANOS, T.M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. (1848), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid.
- DOVAL, A., BLANCO, I., FERNÁNDEZ PACHECO et al. (2011), "La concesión de indultos en España, 2000-2008", *Revista española de investigación criminológica*, Núm. 9. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano9-2011/a92011art5.pdf>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- WLADYSLAW, A. (2008), *Sin capítulo final*, Malabar, Barcelona.



## En busca de la laicidad: la yincana de los acuerdos con la Santa Sede

María Cruz Llamazares  
Universidad Carlos III de Madrid  
[mcruz.llamazares@uc3m.es](mailto:mcruz.llamazares@uc3m.es)

### Resumen

Treinta y cinco años después de su promulgación, aún no existe consenso doctrinal ni judicial sobre el modelo de relaciones Iglesia-Estado que la Constitución española dibuja, aún cuando sí haya sido definido por el Tribunal Constitucional, claro que no dando gusto a todo el mundo. En la causa de ese desacuerdo están los vigentes Acuerdos con la Santa Sede, que, como la autora trata de evidenciar, acogen, desde un punto de vista material, importantes vulneraciones del principio de laicidad, vulneraciones además imposibles de subsanar sin el beneplácito de la Iglesia porque, desde un punto de vista formal, los acuerdos se equiparan a los tratados internacionales. Ante esta realidad, se proponen soluciones de futuro que superen la actual situación de *impasse/punto muerto/callejón sin salida* y adegúen el sistema al marco constitucional.

### Palabras clave

Constitución española, relaciones Iglesia-Estado, laicidad positiva, neutralidad, separación, acuerdos de cooperación, Iglesia católica.

72

## In Pursuit of Secularism: the Gymkhana of the Agreements with the Holy See

### Abstract

Thirty-five years after its enactment, there is still not academic or judicial consensus regarding the model of Church and State relationship that the Spanish Constitution draws, despite having been defined by the Constitutional Court, although not to the liking of everybody. The reason of this controversy lies in the Agreements with the Holy See currently in force, which, as the author intends to demonstrate, contain, from a material point of view, important violations of the secularism principle, violations that cannot be remedied without the consent of the Catholic Church since, from a formal point of view, the Agreements equate with international treaties. In the face of this reality, some future solutions to overcome the current impasse and make the system fit into the constitutional framework are proposed.

### Keywords

Spanish constitution, Church-State relations, positive secularism, religious neutrality, separation of church and State, cooperation agreements, catholic church.

## 1. Introducción\*

Si algo se muestra evidente a la vista de nuestra historia jurídica más inmediata es que son los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede los que, más que dificultar, impiden que nuestro Derecho ordinario responda a la laicidad consagrada en el texto constitucional, entendida ésta, muy lejos de estridencias laicistas, de acuerdo con la interpretación que del artículo 16.3 ha hecho nuestro Tribunal Constitucional (TC)<sup>1</sup>.

Porque esa es la situación: una Constitución laica, según interpretación del TC, y no pocas disposiciones de Derecho infraconstitucional que responden a principios confesionales. Principios propios, si se quiere, de una confesionalidad histórico-sociológica, pero confesionales. Casi como si se tratara de una prolongación devaluada de las tesis del Derecho Público Eclesiástico. Y ¿cuál es la causa de tal incongruencia? Como trataré de demostrar, el obstáculo en que se han convertido los vigentes Acuerdos con la Santa Sede.

Antes de pasar a desgranarlos, resultan imprescindibles al menos dos observaciones sobre las que, no obstante, volveré más adelante:

a) Las partes en cada acuerdo son, de un lado, el Estado español (y en su nombre el Gobierno) y, de otro, la Iglesia católica -representada por los órganos supremos de la soberanía eclesiástica: la Santa Sede<sup>2</sup> y el Concilio Ecuménico-(Wagnon, 1971: 13 y 15). Pero no es parte el Estado Vaticano. No son, por tanto, acuerdos entre Estados sino acuerdos entre un Estado y una organización confesional no territorial de carácter internacional. Tampoco figuran expresamente estos acuerdos entre los convenios y tratados internacionales recogidos en el listado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>3</sup>. Y, sin embargo, son acuerdos que tienen la consideración jurídica de tratados internacionales, aunque su encaje en el Derecho Internacional sea más que cuestionable (Catalano, 1971: 28 ss.) y sea, a mi entender, preferible la tesis de Hollerbach (1965: 96 ss.; 1974: 284) de considerarlos como un *tertium genus*, no de carácter internacional, pero sí de carácter externo y superior a los dos ordenamientos que se encuentran<sup>4</sup>.

Pues bien, esta naturaleza de tratados internacionales de los acuerdos con la Santa Sede, y la rigidez que de ahí deriva para su reforma, es la causa principal de la no depuración del ordenamiento para amoldarlo a las exigencias constitucionales, como explicaré más adelante.

b) Las relaciones del Estado español con la Iglesia católica se regulan no en uno, sino en varios Acuerdos que sustituyeron al Concordato de 1953. No se optó por otro acuerdo del mismo cuño (otro concordato como instrumento jurídico único), sino por varios acuerdos, diferenciados por razón de la materia para facilitar su posible revisión separada sin que la revisión referida a unos asuntos afectara

\* Este trabajo se ha realizado en el marco de la Cátedra Fernando de los Ríos de Laicidad y Libertades Públicas, perteneciente al Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> Un estudio sistemático sobre esta cuestión puede consultarse en Pardo Prieto (2008) y más esquemático en *íd.* (2005: 317-325).

<sup>2</sup> C.I.C., canon 361: "En este Código, bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede se comprende no sólo al Romano Pontífice, sino también, a no ser que por su misma naturaleza o por el contexto conste otra cosa, la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia y otras instituciones de la curia romana".

<sup>3</sup> Artículo 3 de la Convención, suscrita en Viena el 23 de Mayo de 1969, y vigente desde el 27 de enero de 1980 (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980).

<sup>4</sup> Una crítica de esta posición puede leerse en Aymans (1971: 219 ss.).

necesariamente a los demás<sup>5</sup> y sin que, a la inversa, el temor a tocar algunos temas pudiera imposibilitar la reforma de otros.

En concreto, son seis los Acuerdos vigentes<sup>6</sup>, aunque a uno de ellos, el Convenio sobre Universidades de 1962, sobre cuya vigencia aún no se ha cerrado la discusión doctrinal (Polo, 1997: 202-204), no será necesario hacer referencia en este trabajo.

Aclaradas ambas cuestiones, debo dejar sentadas otras premisas que han enmarcado la operación de contraste entre Acuerdos y Constitución en que consiste este trabajo:

- a) Al hablar de constitucionalidad de los Acuerdos es preciso distinguir entre *contenido* y *forma*, y a ambas cosas me referiré por separado.
- b) A la hora de desbrozar su contenido hay que distinguir, por un lado, lo que dicen de manera inequívoca; por otro, las diferentes interpretaciones que pueden esconderse tras sus expresiones equívocas; y por otro, finalmente, lo que los acuerdos no dicen, es decir, sus silencios.
- c) No hay que confundir los Acuerdos con la Santa Sede con los acuerdos que el Gobierno pueda firmar con la Conferencia Episcopal Española (en muchos casos en aplicación o desarrollo de aquellos). Los primeros reciben, a efectos internos, el mismo tratamiento que los tratados internacionales, mientras los segundos (acuerdos de Derecho público interno) están sometidos no sólo a la Constitución y las leyes que forman parte del bloque de constitucionalidad, sino también a la legislación ordinaria.
- d) Dada la reserva del artículo 81 de la Constitución y la consiguiente pertenencia de las leyes orgánicas al bloque de constitucionalidad (LOTC, art. 28.2) como prolongación del poder constituyente, el desarrollo de los derechos fundamentales es de competencia exclusiva y excluyente de ese tipo de leyes<sup>7</sup>. Por tanto, si los Acuerdos con la Santa Sede, a pesar de su carácter de tratados internacionales, invaden competencias de las leyes orgánicas o entran en contradicción con ellas en la regulación de derechos fundamentales, pueden incurrir en inconstitucionalidad. En ese sentido, los Acuerdos están subordinados también a las leyes orgánicas, y no sólo a la Constitución, incluso si esos acuerdos son posteriores en el tiempo. Parámetro de constitucionalidad de los Acuerdos serán también, por tanto, esas leyes en la medida en que sean materialmente orgánicas. Y a ellas habrá que acudir también para eliminar la ambigüedad de algunos preceptos contenidos en los acuerdos cuando no haya bastado para resolverla el recurso al texto constitucional.

<sup>5</sup> Sobre las distintas soluciones que la doctrina planteó como posibles fórmulas de revisión del Concordato de 1953, véase Giménez y Martínez de Carvajal (1971: 467-510).

<sup>6</sup> Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, Acuerdo sobre asuntos jurídicos, Acuerdo sobre asuntos económicos y Acuerdo sobre asistencia religiosa a las FFAA y el servicio militar de clérigos y religiosos; todos ellos firmados el 3 de enero de 1979 y ratificados el 4 de diciembre del mismo año (BOE núm. 300 de 15 de diciembre de 1979). Además, ya antes de la promulgación de la Constitución se había firmado el Acuerdo de 28 de julio de 1976 sobre renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero, (BOE núm. 230, de 24 de septiembre de 1976). A esos cinco habría que añadir el plenamente franquista Convenio de 5 de abril de 1962 entre la Santa Sede y el Estado Español sobre el reconocimiento a efectos civiles de los estudios de ciencias no eclesiásticas realizados en España en Universidades de la Iglesia (ratificado el 10 de mayo de 1962, BOE de 20 de julio de 1962).

<sup>7</sup> Sobre las leyes orgánicas, véase Pérez Royo (1984), Rubio Llorente (1991: 3-27), Pemán Gavín (1991: 135-167) y De Otto y Pardo, (1987: 76 ss.).

## 2. La laicidad “positiva”, un nuevo modelo constitucional de relaciones Iglesia-Estado

Aparece diseñado en sus trazos básicos en el artículo 16 de la Constitución española (CE), complementado fundamentalmente, pero no exclusivamente, por los artículos 1.1, 9.2, 14, 20, 22 y 27 CE y sus correspondientes leyes orgánicas de desarrollo.

Es cierto que, como Serrano Postigo (1988: 97) puso de manifiesto, algunas de las expresiones utilizadas en el número 3 de ese artículo 16 distan de ser afortunadas<sup>8</sup> y que otras pueden dar pie, de hecho así ha ocurrido, a interpretaciones interesadamente distantes de la idea de laicidad<sup>9</sup>. Pero el TC, supremo intérprete de la Constitución —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>10</sup> (LOTC), art. 1.1—, ha aportado ya los datos necesarios para eliminar las posibles ambigüedades a través de un conjunto de afirmaciones aisladas contenidas en distintas sentencias, de entre las que las más destacables son las dictadas con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad: contra la existencia del cuerpo de capellanes castrenses<sup>11</sup>; de una cuestión de inconstitucionalidad: contra la equiparación de la Iglesia católica a una corporación o entidad pública<sup>12</sup>, y de un recurso de amparo: sobre el derecho a la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (RER) de la Iglesia de la Unificación, sentencia esta última que contiene un dibujo completo del modelo y supone una síntesis de la posición global del TC con respecto a la única interpretación posible (si no se quiere atacar la congruencia interna del sistema) del artículo 16.3 CE<sup>13</sup>.

En ella, el TC utiliza la expresión *laicidad positiva* para aplicarla al modelo de relaciones del Estado español con los grupos religiosos. Pero no debe despistar el adjetivo *positiva*. En contra de lo que pudiera pensarse a primera vista, no significa lo que pretenden los movimientos domésticos que hablan de “repensar la laicidad”, intentando vaciar este término, “laicidad”, de su verdadero contenido para hacerlo compatible con la interpretación interesada del artículo 16.3 que ellos mismos propugnan. Y es el propio TC el que elimina cualquier duda, porque explica sin equívocos que es lo que quiere decir cuando utiliza esa expresión.

Según el Alto Tribunal, y compilando sus propias aportaciones jurisprudenciales anteriores, la *laicidad* implica dos cosas: la *neutralidad* del Estado con respecto a las creencias de sus ciudadanos y los grupos en que se integran por razón de esas creencias, y su *separación* respecto de esas creencias y esos grupos, con una triple consecuencia:

- no es posible la confusión ni de sujetos, ni de actividades, ni de objetivos públicos y religiosos<sup>14</sup>,
- tampoco lo es la equiparación de los sujetos, actividades u objetivos religiosos a los públicos<sup>15</sup> y

<sup>8</sup> Para conocer las razones de la elección terminológica del constituyente, véase el análisis de la discusión parlamentaria realizado por Martínez de Pisón (2000: 205-264) y también, sobre sus consecuencias, (*íd.*, 2004: 61-63).

<sup>9</sup> Por todos Viladrich y Ferrer (1993: 216). Una crítica de esa posición y de sus consecuencias sistemáticas en Llamazares Fernández (2001: 17 ss.).

<sup>10</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre de 1979).

<sup>11</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo (BOE núm. 137 de 09 de junio de 1982).

<sup>12</sup> STC 340/1993, de 16 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 1993).

<sup>13</sup> STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2001), FJ 4, párr. 3.

<sup>14</sup> STC 2471982, FJ 1.

<sup>15</sup> STC 340/1993, FJ 4.

- en ningún caso los criterios, intereses y valores religiosos pueden ser parámetros de la legitimidad o de la justicia de las decisiones de los poderes públicos<sup>16</sup>.

Entonces, ¿qué quiere decir el TC cuando califica esos mandatos de la laicidad acompañándola del término *positiva*<sup>17</sup>? Sencillamente, que la laicidad es del todo compatible con una cierta cooperación del Estado con las confesiones religiosas (como aquella a la que se refiere el inciso segundo del art. 16.3 CE), pero no en cuanto religiosas, sino sólo en cuanto cauce para el ejercicio de un derecho fundamental, el de libertad religiosa individual<sup>18</sup>. Y así, entiende constitucionalmente fundada esa cooperación cuando sea exigencia del art. 9.2 CE, es decir, en cuanto sea necesaria para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas<sup>19</sup> o para remover los obstáculos que dificulten su plenitud.

Se trata, por tanto, de una cooperación similar a la que los poderes públicos deben mantener con otros grupos que también se integran alrededor de una determinada cosmovisión. Una cooperación, por lo demás, en perfecta congruencia con el núm. 1 del mismo artículo 16 CE.

De ahí que el TC entienda que lo que se exige a los poderes públicos es una actitud *positiva*, sí, pero, añade, *desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional*, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 LOLR<sup>20</sup>, referido al derecho a la asistencia religiosa de los fieles internados en establecimientos públicos militares, asistenciales, hospitalarios y penitenciarios, tipificado por la propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) como contenido del derecho de libertad religiosa a cuya máxima satisfacción, por tanto, debe obedecer el Estado en cuanto derecho fundamental de sus ciudadanos.

Hasta ahí la cooperación contenida en el artículo 16.3 CE que podríamos calificar de obligada para los poderes públicos en cumplimiento del artículo 9.2. ¿Significa eso que queda del todo excluida, por incompatible con la laicidad, cualquier tipo de cooperación que no sea la imprescindible para hacer real y efectivo un derecho fundamental o eliminar un obstáculo que se oponga a su plenitud? El principio general es que sí, con una única excepción: aunque no sea “obligada”, es también constitucional la cooperación que, sin ser indispensable para la eficacia del derecho, facilita su ejercicio. Eso sí, ese tipo de cooperación está constitucionalmente amparada si, y sólo si, respeta dos barreras infranqueables: la neutralidad -y, consecuentemente, la igualdad- y la separación -es decir, la no confusión- (Llamazares Fernández, 2011a: 346 ss.). Un ejemplo lo encontramos en la posibilidad, recogida en nuestra legislación, de celebrar matrimonio civil en forma religiosa<sup>21</sup>.

Como ha puesto de relieve Llamazares Fernández (2011: 357), así entendida, la laicidad dibujada por nuestra Constitución es, como resulta patente, una laicidad diferente de la *laïcité* republicana concretada en el modelo francés<sup>22</sup>, que resulta mucho más rígida en la exigencia de separación y sufre de dos riesgos. Primero, el que MacLure y Taylor (2011) llaman “fetichismo de los medios”: la

<sup>16</sup> STC24/1982, FJ 1, párr. 1.

<sup>17</sup> Castro Jover (2003) analiza críticamente las distintas interpretaciones doctrinales que se han hecho de esta expresión poniendo de manifiesto las virtudes y defectos de unas y otras.

<sup>18</sup> Un interesante estudio sobre este particular puede encontrarse en Fernández-Coronado (2009). También, muy anterior a las señaladas sentencias pero defendiendo ya los mismos argumentos, Llamazares Fernández (1989: 200-203).

<sup>19</sup> STC 46/2001, de 15 de febrero, FFJJ, 3, párr. 3; 7.1 y 6; 9.1.

<sup>20</sup> Ibídem, FJ 4, párr. 3.

<sup>21</sup> Llamazares Fernández (2011a: 360-361) para ver más ejemplos de este tipo de cooperación.

<sup>22</sup> Descripción completa del modelo en Peña-Ruiz (2001).

laicidad es un medio que está ordenado a un fin (máxima eficacia de la libertad religiosa en condiciones de igualdad), y no hay que sacrificarla como si fuera un fin en sí misma. Segundo, una posible deriva laicista que, en pro de la igualdad, acabe por sacrificar la equidad y fagocite la libertad para determinadas minorías. Y se separa también nuestra laicidad del *secularism* norteamericano<sup>23</sup>, que corre el riesgo justo de lo contrario.

Quizá nuestra Constitución haya encontrado un camino intermedio entre los dos.

### 3. El fraude interpretativo de “los cinco acuerdos”

Como adelanté, dejando a un lado el Convenio sobre Universidades de 1962 dictado al amparo del Concordato confesional de 1953 en pleno régimen franquista, los acuerdos vigentes con la Santa Sede son cinco: Acuerdo sobre la renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero, Acuerdo sobre asistencia religiosa en las FFAA (AAR), Acuerdo sobre asuntos jurídicos (AAJ), Acuerdo sobre asuntos económicos (AEA), Acuerdos sobre educación y asuntos culturales (AEAC).

El primero de ellos es un acuerdo de 1976 y, por tanto, material y formalmente preconstitucional, en eso no caben interpretaciones. No son compatibles con la Constitución algunas afirmaciones de su Preámbulo de tinte claramente confesional, aunque no de una confesionalidad doctrinal sino histórico-sociológico, por cuanto traducen la tesis del Vaticano II sobre la necesaria compatibilidad de la confesionalidad del Estado con el derecho de libertad religiosa<sup>24</sup>, compatibilidad recogida también como principio informador en el Preámbulo de la Ley franquista de Libertad Religiosa de 1967<sup>25</sup> aunque luego sea inmediatamente negada en su artículo 1.3, que invierte el principio: “el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales”.

Tampoco son compatibles con la Constitución algunas normas del texto articulado del Acuerdo, como las referidas al procedimiento de nombramiento de Obispos y Arzobispos (que debe consultarse con el Gobierno español por si tuviera objeciones que oponer al designado, art. 1.2) o, sobre todo, del Arzobispo Vicario General Castrense (art. 1.3), sistema que, para mayor gravedad, se mantiene vigente hoy al haber sido acogido por el AAR.

El Acuerdo acogía la fórmula general para el nombramiento de obispos contenida en el Concordato de 1953<sup>26</sup>, que a su vez se remitía a un Acuerdo de 1941<sup>27</sup> sobre la cuestión, con la intervención del Estado en dos momentos decisivos del procedimiento: el del acuerdo entre las autoridades del Estado y de la Santa Sede para fijar una lista de al menos seis nombres de entre los que el Papa elegía una terna pudiendo además añadir nombres nuevos, y en el de la designación final de uno de los miembros de la terna por el Jefe del Estado<sup>28</sup>. En definitiva, una

<sup>23</sup> Sobre el mismo, Celador Angón (1998: 38 ss.).

<sup>24</sup> Declaración Dignitatis Humanae, núm. 6, disponible en: [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_decl\\_19651207\\_dignitatis-humanae\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_sp.html). Revisado el 14 de septiembre de 2013.

<sup>25</sup> Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando (sic) el ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa en materia religiosa (BOE núm 156, de 1 de julio).

<sup>26</sup> Firmado el 27 de agosto de 1953 (BOE núm. 323, de 19 de noviembre).

<sup>27</sup> Convenio entre el Gobierno español y la Santa Sede acerca del modo de ejercicio del privilegio de presentación, de 7 de junio de 1941 (BOE núm 168 de 17 de junio).

<sup>28</sup> Concordato de 1953, art. VII que remite al Acuerdo estipulado entre la santa Sede y el Gobierno español de 7 de junio de 1941, 1-5.

reminiscencia del histórico derecho de patronato regio, que de ningún modo encuentra acomodo en un marco de laicidad.

Con los otros cuatro acuerdos las cosas no resultan tan sencillas. Ciento que son formalmente postconstitucionales por cuanto se firman y ratifican con posterioridad a la Constitución, pero el modo en que esta afirmación afecta a su presunción de constitucionalidad resulta engañoso, porque esconde dos trampas.

a) Es preciso recordar que, aunque no se ratifican hasta el 4 de diciembre de 1979, los Acuerdos se firman el 3 de enero de 1979, sólo unos días después de la promulgación de la Constitución<sup>29</sup>. Eso pone de manifiesto que la discusión y fijación de su contenido fue paralela a la de la propia Constitución y sin conocerse cuál sería su redacción definitiva. De ahí que estén plagados de fórmulas ambiguas, me atrevo a decir que intencionadamente, o de fórmulas no siempre armonizables con el texto constitucional. Repito, son formalmente postconstitucionales, pero materialmente preconstitucionales. Algo que hay que tener muy en cuenta al interpretarlos y que explica que no sea tanta la sorpresa cuando algunos de los preceptos que contienen son acusados de posible inconstitucionalidad.

b) En estrecha relación con lo anterior, tampoco sanciona su constitucionalidad la ausencia de declaración de inconstitucionalidad por el TC según el procedimiento previsto por el artículo 95 CE para evitar la incorporación al ordenamiento interno, vía firma de tratados internacionales, de normas contrarias a la Constitución, dado que el Alto Tribunal no se constituyó hasta el 12 de julio de 1980<sup>30</sup>, cuando los Acuerdos llevaban ya siete meses en vigor.

Es decir, tenemos un acuerdo parte de cuyo contenido es abiertamente inconstitucional, y otros cuatro que, de modo más subrepticio, incorporan también elementos, cuando menos, sospechosos de inconstitucionalidad. A partir de aquí, basta realizar una suma de factores:

- Gran parte de la doctrina especializada ha venido defendiendo la tesis de que los cinco acuerdos forman una unidad sistemática<sup>31</sup> lo que, dada la marcada confesionalidad que impregna el primero de ellos, conducirá a una interpretación en esa misma clave de los otros cuatro.
- Es esa incorrecta interpretación de los últimos cuatro acuerdos la que viene sirviendo de germen y cimientos a la interpretación interesada del artículo 16.3 de la CE, como si los acuerdos fueran criterio interpretativo de la Constitución y no a la inversa<sup>32</sup>.

Resultado interesado: lo que el artículo 16.3 contiene es una declaración de confesionalidad histórico-sociológica que hace compatible el respeto a la libertad religiosa de todos los ciudadanos con un trato favorable a la Iglesia católica. Una interpretación que, a la poste, excluye el respeto a la igualdad propio de la laicidad. De ahí que, antes que laico, quienes la defienden prefieran calificar el sistema como aconfesional. Como si el principio de igualdad que debe impregnar todo nuestro

<sup>29</sup> Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre, sancionada por el Rey el 27 de diciembre y vigente desde el 29 de diciembre de ese mismo año.

<sup>30</sup> El dato puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Paginas/Historia.aspx>. revisado el 17 de julio de 2013.

<sup>31</sup> Tesis sostenida inicialmente por Fornés (1979: 15-55) y que ha hecho suya una buena parte de los eclesiásticos españoles.

<sup>32</sup> Sorprendente tesis mantenida por Martínez-Torrón (1987:137).

ordenamiento pudiera sufrir cierta derogación cuando de asuntos religiosos estamos tratando.

Probablemente aquí haya que buscar el origen de las opiniones, más apologéticas que técnico-jurídicas, defendidas por parte de la doctrina eclesiástica española y que van desde la referida inversión interpretativa acuerdos-Constitución a la exclusión de la Iglesia Católica del ámbito de proyección de la LOLR, pasando por otras no menos curiosas para las que no tenemos espacio aquí<sup>33</sup>.

Pues bien, esta operación de ingeniería interpretativa, lejos de resultar un divertimento para juristas, ha sido un peso muerto que ha lastrado, es verdad que cada vez menos, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del mismo Tribunal Constitucional desde el principio. Todavía hoy quedan no sólo reminiscencias probablemente inconscientes, sino verdaderas querencias y argumentaciones forzadas en ese sentido.

#### **4. Un breve repaso por los puntos críticos de inconstitucionalidad en los Acuerdos “postconstitucionales”**

##### ***El Vicariato General Castrense: confusión de funciones, de fines y de sujetos***

Hay dos aspectos del Acuerdo sobre asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas que entiendo de imposible armonización con la separación como exigencia de la laicidad:

- el sistema de nombramiento del Arzobispo Vicario General Castrense, ya que reproduce el sistema acordado en 1941 y
- el respaldo estatal de normas canónicas de orden interno convirtiéndolas en normas dotadas de eficacia civil vinculante, con palmaria confusión entre ambos ordenamientos.

A lo primero ya me he referido más arriba, así que sólo añadiré que creo además muy discutible la constitucionalidad del Real Decreto de desarrollo del Acuerdo<sup>34</sup> (por cierto, de carácter unilateral, ya que se dictó sin obtener el consentimiento de la Iglesia católica). Éste crea un servicio permanente de asistencia religiosa dentro de la estructura de las FFAA, configurando a los anteriores capellanes castrenses (que eran funcionarios del Estado) como simples trabajadores, fijos o temporales, al servicio del Estado. Es cierto que algo hemos avanzado al pasar de un sistema de integración orgánica a otro más próximo a la contratación, pero lo realmente respetuoso con el principio de laicidad positiva habría sido considerar al Vicariato General Castrense como una empresa de servicios con la que el Estado contrata la correspondiente prestación de servicios espirituales. No me parece compatible con la laicidad la fórmula actual en la que, en última instancia, es el Estado mismo el responsable de la prestación del servicio religioso. Una cosa es que esté obligado a autorizar la prestación del servicio dentro de los locales militares y que sean de su cuenta los gastos que genere, dado que está dando satisfacción al ejercicio de un derecho fundamental, y otra muy diferente que quien la preste, el Vicariato General Castrense, esté orgánicamente encajado en la institución militar y que, consecuentemente, su máximo responsable sea designado en última Instancia por el Jefe del Estado. Encontramos ahí una confusión de funciones, de fines y de sujetos: hemos hecho pleno.

<sup>33</sup> Un elenco de tales posiciones puede verse en Polo (2012: 261 ss.)

<sup>34</sup> Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas (BOE núm. 227 de 21 de septiembre).

Pero es que desde un punto de vista formal el reproche de inconstitucionalidad a este Acuerdo tampoco es menor. En virtud su artículo II y de su Anexo I, se incorporan al ordenamiento civil normas unilaterales canónicas<sup>35</sup> a través de la herramienta conocida como remisión material, técnica de relación entre ordenamientos utilizada por los Estados confesionales para autorizar a que parte de los asuntos que les competen sean regulados por el ordenamiento confesional de la religión oficial, pero que está en total y clamorosa contradicción con el principio de laicidad<sup>36</sup>: la función legislativa corresponde en exclusiva al Estado.

### ***Los efectos civiles del matrimonio canónico: la cláusula de (des)ajuste al Derecho del Estado***

Son dos los temas a los que fundamentalmente se refiere el AAJ: la eficacia civil del matrimonio celebrado en forma canónica y el estatuto jurídico-civil de la Iglesia católica y de las entidades que la integran, tanto de carácter asociativo como de carácter fundacional.

En cuanto al matrimonio hay que decir que el acuerdo no se limita a reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado en forma religiosa —reconocimiento que en sí mismo no sería exigible como contenido del derecho de libertad religiosa, pero es posible en tanto en cuanto no lesionen los mandatos de neutralidad y separación—, sino que reconoce esos efectos también a las sentencias de nulidad dictadas por los tribunales canónicos y a las resoluciones canónicas de disolución del matrimonio rato y no consumado. Y lo hace con una fórmula (“dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado”) que ha dado lugar a una gran, y en ocasiones agria, polémica doctrinal, y a una variada jurisprudencia, en algunos casos de más que dudosa constitucionalidad<sup>37</sup>. Es evidente la necesidad imperiosa de, o sustituir esa fórmula eliminando su pretendida equivocidad, o aclarar su sentido.

¿No entraña una meridiana contradicción interna de nuestro ordenamiento que el juez civil reconozca efectos civiles a una declaración canónica en supuestos en que el mismo juez, aplicando el Derecho civil, llegaría a la solución contraria? ¿No se está dejando abierta la puerta para el fraude de ley, al admitir la posibilidad de obtener en los tribunales canónicos una nulidad que no se obtendría ante el juez civil? ¿No supone una clara vulneración del principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos el hecho de que unos ciudadanos puedan obtener la nulidad o disolución civil de su matrimonio en base a causas contempladas en un ordenamiento religioso que no les es accesible a los demás? Parece claro que sólo hay una manera de eliminar esos riesgos: que el juez civil reconozca efectos civiles

<sup>35</sup> Veamos por ejemplo el artículo II, que se traduce en que un Departamento del Estado, el Vicariato general Castrense, queda conformado por una serie de instituciones canónicas que adquieren esa cualidad conforme al Derecho Canónico: “El Vicariato Castrense, que es una diócesis personal, no territorial, constará de:

a) Un Arzobispo, Vicario general, con su propia Curia, que estará integrada por:  
 1) Un Provicario general para todas las Fuerzas Armadas con facultades de Vicario general.  
 2) Un Secretario General.  
 3) Un Vicesecretario.  
 4) Un Delegado de Formación Permanente del Clero, y  
 5) Un Delegado de Pastoral.

b) Además contará con la cooperación de:

1) Los Vicarios episcopales correspondientes.  
 2) Los Capellanes castrenses como párrocos personales.”

<sup>36</sup> Sobre las posibles técnicas de relación Iglesia-Estado ver Llamazares Fernández (2011: 41 ss.).

<sup>37</sup> Sobre las distintas posturas en esta cuestión, vid. Cubillas Recio (1985), Calvo Espiga (1994; 2011), Reina (1991), Olmos Ortega (1983) y Navarro-Valls (1980; 1982).

a las sentencias canónicas de nulidad sólo en aquellos supuestos en que él mismo, aplicando la legislación civil a ese supuesto de hecho, hubiera llegado a la misma solución.

Pero por si con eso no basta, hay argumentos de índole procesal que nos conducen a parecidas conclusiones. Así por ejemplo, la Corte Constitucional italiana consideró inconstitucional reconocer efectos civiles a las disoluciones de los matrimonios ratos y no consumados por entender que el correspondiente procedimiento canónico no garantizaba suficientemente el principio del derecho a la propia defensa<sup>38</sup>. ¿No ocurre eso también en España o es que nuestra legislación procesal es menos garantista que la italiana? ¿Es realmente compatible ese reconocimiento de efectos a tales sentencias canónicas con las exigencias y garantías del art. 24.2 CE?

¿Y no se producen también estos riesgos en el caso de los procesos canónicos de nulidad? ¿No es diferente el sistema de pruebas en una y otra jurisdicción, en uno y otro ordenamiento procesal? ¿No estamos corriendo el riesgo de dar eficacia civil a normas sustantivas y procesales confesionales con violación del principio de laicidad?

Sin duda es posible encontrar una interpretación de esa “cláusula de ajuste al Derecho del Estado” que evite dar respuesta afirmativa a todas estas preguntas, pero hoy por hoy seguimos lejos del consenso. Y no sólo en sede doctrinal, sino también judicial, como lo atestiguan los votos particulares discrepantes de la solución mayoritaria adoptada por el TC cuando ha resuelto sobre estos asuntos<sup>39</sup>.

### ***El privilegiado modo de adquisición de personalidad jurídica civil por las entidades religiosas católicas***

81

Pero es que, además de lo señalado para el matrimonio, el estatuto jurídico que se reconoce a la Iglesia católica en el AAJ es una permanente invitación a la desigualdad y al privilegio. Baste simplemente señalar a modo de ejemplo que ni la Iglesia católica en cuanto tal, ni la Conferencia episcopal, ni las diócesis, ni las parroquias, ni las órdenes religiosas... necesitan inscribirse en el RER para gozar de personalidad jurídica en cuanto tales entidades religiosas porque les basta, para tener personalidad civil, con tenerla canónica (art. 1 AJJ). No hace falta aclarar que esa inscripción es, en cambio, exigencia ineludible para todas las demás confesiones y entidades dependientes (art. 5.1 LOLR), en lógica coherencia con el hecho de que tenga carácter constitutivo de un especial estatuto jurídico<sup>40</sup> del que disfrutan las entidades religiosas inscritas en el RER y no, en cambio, el resto de asociaciones<sup>41</sup>. Un estatuto que, nada menos, facilita el pleno ejercicio del derecho de libertad religiosa en su vertiente colectiva<sup>42</sup>.

Visto así, no debe sorprender que la Iglesia católica defienda que su estatuto y el de las entidades de ella dependientes es el que determinan sus acuerdos con el Estado, que se remiten a lo que el Derecho canónico establezca a este respecto en una suerte de “todo queda en casa”, y contemple la LOLR como un asunto que

<sup>38</sup> Corte costituzionale, Sentenza 2 febbraio 1982, n. 18: "Delibazione delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale", cuyo texto completo puede consultarse en <http://www.olir.it/documenti/?documento=4951>. Revisado el 14 de diciembre de 2013.

<sup>39</sup> STC 66/1982, de 12 de noviembre (BOE núm. 296, de 10 de diciembre); 65/1985, de 23 de mayo (BOE núm. 134, de 5 de junio); y 209/1991, de 14 de septiembre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre). La primera presenta dos votos particulares; la última nada menos que cinco.

<sup>40</sup> Sobre el alcance del calificativo “constitutiva” referido a esta inscripción, que no atribuye personalidad jurídica, véase Pelayo Olmedo (2009: 85-100).

<sup>41</sup> STC 46/2001, cit., FJ 7.

<sup>42</sup> Ibídem, FJ 9.

atañe a otros y que nada tiene que ver con ella, como señala Llamazares Fernández (2010).

### **Con la Iglesia hemos topado: el muro de la financiación pública de actividades religiosas**

A propósito de la financiación pública de la Iglesia católica<sup>43</sup>, la inconstitucionalidad del sistema establecido en el AAE es tan flagrante que sólo puede ser admisible si el sistema se considera transitorio (Llamazares Fernández, 2011b: 608). Y de tal pudo calificarse<sup>44</sup> si atendemos, de un lado, a la intención del Estado, plasmada en su Preámbulo, de “no prolongar indefinidamente obligaciones contraídas en el pasado”; y, de otro, al propósito, manifestado expresamente por la Iglesia católica, de proceder a su autofinanciación en un plazo de tiempo no determinado (artículo II.5)<sup>45</sup>.

Ese carácter transitorio que podría eliminar la inconstitucionalidad del sistema de financiación con fondos públicos (de la Iglesia, de sus actividades religiosas, o de sus fines), se justificó en su momento en la necesidad de ganar un tiempo que iría destinado a conseguir, mediante la correspondiente labor didáctica, que los fieles católicos se concienciaran de su obligación moral de sustentar su Iglesia, rompiendo con una tradición ya secular, y casi atápicamente instalada en sus conciencias, de que ésta se financiaba con fondos públicos, tal como había venido siendo bajo los sucesivos regímenes de confesionalidad que nuestro país ha vivido (sistema que incluso fue constitucionalizado a partir de 1837<sup>46</sup>).

El sistema transitorio ideado para saltar de la dotación presupuestaria a la autofinanciación se llamó “asignación tributaria”<sup>47</sup>. Consiste en permitir que el contribuyente católico decida sobre el destino de un porcentaje de lo que le corresponde pagar en un impuesto estatal, el de la Renta de las Personas Físicas, a favor de la Iglesia católica (initialmente, el 0,5239% y, desde 2007, el 0,7% de la cuota íntegra<sup>48</sup>).

No se trata, por tanto, de un impuesto religioso, sino de un impuesto estatal cuyo producto ingresa en las arcas públicas<sup>49</sup> para ser luego cedido a una institución religiosa: patente vulneración de la separación exigida por el artículo 16.3 inciso primero CE. Y tampoco es una cantidad extra que el ciudadano que lo desee aporte

<sup>43</sup> Para una descripción del sistema, véase, por todos, Amerigo (2006), Fernández-Coronado (1985) y Torres Gutiérrez (2002).

<sup>44</sup> Llamazares Fernández (2011b: 608), Souto (1995: 325).

<sup>45</sup> Sin embargo, no existe ningún mecanismo de control estatal de cuál sea la actividad realizada por la Iglesia para conseguir la autofinanciación, lo que unido a que no se establece plazo para la consecución del objetivo, hace que tal declaración pueda fácilmente quedar, como así ha sido hasta ahora, en una simple declaración de buenas intenciones (buenas intenciones sobre cuya verosimilitud se incrementa la duda conforme pasa el tiempo).

<sup>46</sup> Constitución de 1837, artículo 11º: “La nación se obliga a mantener el culto y los Ministros de la religión católica que profesan los españoles” cuyo facsímil digitalizado puede consultarse en la dirección electrónica [http://www.congreso.es/docu/constituciones/1837/ce37\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1837/ce37_cd.pdf). Revisado el 23 de noviembre de 2013.

<sup>47</sup> Conviene aclarar que es una fórmula nueva, distinta tanto del impuesto religioso (Alemania y Austria) como del impuesto estatal con fines religiosos (vigente en aquel momento en los países nórdicos). Más adelante la incorporará Italia (Legge 20 maggio 1985, n.222 —Gazzetta Ufficiale del 3 giugno 1985, n. 129—) en aplicación del Acuerdo entre la República italiana y la Santa Sede de modificación del Concordato lateranense de 1929.

<sup>48</sup> El cambio se establece en la disposición adicional decimoctava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 2006).

<sup>49</sup> El impuesto religioso es establecido y, en principio, recaudado por la confesión religiosa correspondiente, y está al margen de los impuestos con que los ciudadanos contribuyen al sostenimiento de las cargas públicas.

ESTUDIOS  
al Estado (que en ese caso haría de simple intermediario) para contribuir a la financiación de su Iglesia; la aportación se detrae de la cuota íntegra con la que al ciudadano le corresponde contribuir al mantenimiento de los gastos públicos, de manera que quien no hace tal acto de disposición contribuye proporcionalmente más a los objetivos y fines del Estado que el que sí lo hace. La contradicción con el principio de igualdad tributaria formulado en el art. 31 CE es palmaria. Tampoco por esta vía se puede obviar la inconstitucionalidad<sup>50</sup>.

Así pues, se mire por donde se mire, se trata de dinero público. Y se está destinando al sostenimiento de una Iglesia, la católica, y sus actividades religiosas<sup>51</sup>. Conclusión: realmente sólo ha cambiado el nombre; el modelo sigue siendo el de dotación presupuestaria (Llamazares Fernández, 1989: 230), si se quiere, encubierta: un sistema congruente con la confesionalidad del régimen anterior, pero incompatible con el principio de laicidad promulgado en la actual Constitución.

Por si eso fuera poco, hay otro dato significativo. En la sustitución del sistema de dotación presupuestaria por la puesta en marcha del modelo de asignación tributaria, el Estado se comprometió a *entregar a cuenta* (es decir, generando crédito a su favor) la diferencia, anualmente actualizada, entre lo obtenido por asignación tributaria y lo que la Iglesia venía recibiendo de la dotación presupuestaria. El compromiso afectaba sólo a los tres primeros años de funcionamiento del nuevo modelo, si bien se había venido prorrogando tácitamente. Pues bien, los ingresos por asignación tributaria nunca sobrepasaron el 60% de la cantidad que la Iglesia venía recibiendo antes del cambio de modelo<sup>52</sup>, con lo que fue adquiriendo una deuda cada vez más importante con las arcas públicas y, en definitiva, con los ciudadanos españoles. Pero, en 1993, el Gobierno condonó la deuda acumulada, y a partir de ese momento esas cantidades se siguieron entregando, sólo que ya no a cuenta sino a fondo perdido<sup>53</sup>. Es decir, lejos de sustituirse uno por otro, se simultaneaban dos sistemas: asignación tributaria y dotación presupuestaria, ninguno de los cuales es compatible con la laicidad.

De haberse utilizado ese modelo de manera transitoria, insisto, podríamos salvar su constitucionalidad. Cerrarle a la Iglesia católica el grifo de los fondos estatales antes de que hubiera podido implementar un sistema sustitutivo de autofinanciación, podría haber supuesto un serio perjuicio en la satisfacción del derecho de libertad religiosa de los católicos, y sabemos que nuestro sistema busca

---

<sup>50</sup> Sobre las dificultades de engarce constitucional del sistema de asignación tributaria, Torres Gutiérrez (2002).

<sup>51</sup> Lejos de mejorar, una vez convertidas en obligatorias, como fue su compromiso al elevarse al 0.7% el porcentaje de asignación tributaria (Canje de notas de 22 de diciembre de 2006 entre la Nunciatura Apostólica y el Ministerio de Asuntos Económicos), las *memorias justificativas del reparto de cantidades obtenidas por asignación tributaria* han empeorado paulatina y sustancialmente desde entonces (hurtan la verdadera distribución de las cantidades más allá de afirmar que van al Fondo Común Interdiocesano y añaden elementos que nada tienen que ver con la asignación tributaria aunque se incluyen allí, sospecho que por aparentar que sí (actividad asistencial, conciertos educativos...)). Desaparece desde 2010, por ejemplo, el dato de cuánto se aplica a los sueldos y salarios de los sacerdotes, que venían siendo el objetivo principal de lo obtenido por asignación tributaria. Con todo, no es difícil colegir del estudio de esas memorias que “los destinos de estas cantidades”, fondos públicos, no lo olvidemos, “van dirigidos a sostener los fines propios de la Iglesia Católica, culto, clero, apostolado, caridad” (obtenidos vía asignación tributaria son los fines propios de la Iglesia católica” (en la página 3 de la Memoria para el ejercicio de 2010).

<sup>52</sup> Una tabla con las cantidades desglosadas (asignación tributaria + complemento estatal) correspondientes al periodo 1978-2003, realizada a partir de datos extraídos de las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, puede consultarse en <http://www.portantas.org/index.php/la-financiacion-de-la-iglesia.html>, Revisado el 22 de marzo de 2013.

<sup>53</sup> Véase “La aportación del Estado a la Iglesia para 1994 aumenta en 3000 millones”, *El País*, 21 de octubre de 1993. Disponible en: [http://elpais.com/diario/1993/10/21/espana/751158007\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1993/10/21/espana/751158007_850215.html). Revisado el 22 de noviembre de 2013.

la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Pero han transcurrido treinta y cuatro años desde la firma del Acuerdo, y veinticinco desde la puesta en marcha del modelo, sin que hayamos asistido a más movimiento que el de la desaparición de las entregas a cuenta a cambio de elevar el porcentaje de la cuota líquida que es posible destinar a la Iglesia católica del 0,5239 al 0,7<sup>54</sup>. Creo que es momento de asumir que por la vía de los hechos, el que iba a ser un régimen transitorio empieza a tener visos de permanente. Urge, por tanto, su modificación y adecuación a nuestro modelo de separación<sup>55</sup>.

### ***El régimen fiscal***

Subsanado finalmente<sup>56</sup> el hecho de que, con una interpretación jurídica más que discutible y que contravenía palmaríamente la Sexta Directiva<sup>57</sup>, la Iglesia católica venía siendo considerada sujeto exento del pago de IVA<sup>58</sup>, hay aún importantes elementos que depurar en lo que se refiere al régimen impositivo de las confesiones religiosas (Torres Gutiérrez, 2002; 2006) y Llamazares Fernández (2011b: 628 ss.). Y no sólo de la Iglesia católica, aunque ahora nos estemos refiriendo a ella, sino también de las otras tres que disfrutan de acuerdo con el Estado.

Veamos, por ejemplo, qué pasa con el IBI: aquí el problema no es tanto la exención, como la extensión de esa exención. Parece justificada la exención del impuesto a favor de los lugares de culto, dado que se trata de centros de reunión indispensables para el efectivo ejercicio de la libertad religiosa en su vertiente externa. No se justifica, en cambio, su extensión, seguramente por inercia histórica, a las viviendas del clero y, por si eso fuera poco, sus huertos y jardines. Que se me alcance, nada tienen que ver esos lugares con el ejercicio efectivo de la libertad religiosa, más allá de la conocida máxima religiosa que afirma que “Dios está en todas partes”. Esta exención, junto con el resto de las que disfruta la Iglesia católica en España, se aplica también a las demás confesiones con Acuerdo de cooperación con el Estado<sup>59</sup> pero, no nos engañemos, lejos de sortear su inconstitucionalidad esa circunstancia sólo agrava lo irregular de la situación.

Pues bien, tenemos aquí un recientísimo ejemplo ilustrativo del insalvable valladar que los Acuerdos con la Iglesia católica suponen para la adecuación

<sup>54</sup> Pactado en 2006, entró en vigor para el ejercicio de 2007 (es decir, en la declaración del IRPF de 2008). Canje de notas entre la Nunciatura Apostólica en España y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación referidas a los acuerdos sobre asignación tributaria a favor de la Iglesia Católica, de 21 y 22 de diciembre de 2006, cuya versión electrónica puede consultarse en la dirección: [http://www.unav.es/ima/legislacion\\_prueba/eclesiastica/2006/6.html](http://www.unav.es/ima/legislacion_prueba/eclesiastica/2006/6.html). Revisado el 11 de diciembre de 2013. Mediante el uso de un intercambio de notas, ambas partes convienen lo que en realidad es una modificación del Acuerdo de 1979 (modifican la estructura del modelo, aunque no su transitoriedad) disfrazándolo de acuerdo interpretativo, para así eludir un “peligroso” paso por las Cortes Generales que habría podido abrir el melón de su posible derogación o denuncia.

<sup>55</sup> En este sentido, Torres Gutiérrez (2002: 208).

<sup>56</sup> Tras varios apercibimientos de la Comisión Europea al Gobierno de España por no recaudar el IVA correspondiente a la Iglesia católica, finalmente, en el mismo canje de notas de 2006 en que se modifica el sistema de financiación de la Iglesia católica, se acuerda que la Iglesia se someta por fin al Derecho fiscal vigente.

<sup>57</sup> Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme (en la página 140 del Diario Oficial n° L 145 de 13 de junio de 1977).

<sup>58</sup> Para un estudio detenido sobre la Iglesia católica como sujeto pasivo del IVA, véase Torres Gutiérrez (1999).

<sup>59</sup> Art. 11.3.A de las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica Española, respectivamente BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

ESTUDIOS  
constitucional de nuestro ordenamiento: la STC 207/2013<sup>60</sup>, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra un apartado de la Ley foral navarra 10/2013<sup>61</sup> que pretendía reducir el ámbito de aplicación de la exención del IBI a los inmuebles de las confesiones religiosas efectivamente destinados al culto, eliminando la exención para todos los demás.

No es éste el foro en el que analizar pormenorizadamente la sentencia. Baste decir a propósito de lo que nos ocupa que, en lo referido a las confesiones minoritarias, el TC resuelve la inconstitucionalidad y consecuente nulidad del precepto recurrido por violación de la competencia exclusiva del Estado en la materia, prevista en el artículo 149.1 CE -FJ 5.b- (recordemos que la exención se recoge en las leyes estatales que contienen los Acuerdos con estas confesiones). Y, en lo referido a la Iglesia católica, resuelve lo mismo pero en este caso por vulneración de un Tratado internacional suscrito por el Estado –FJ 4.b-, algo que el art. 45.3 de la LO del Régimen Foral de Navarra<sup>62</sup> impide a las leyes forales tributarias. Es de suponer, por tanto, que si el Estado decidiera legislar unilateralmente en el mismo sentido que la Comunidad Foral de Navarra, la nueva norma sería válida para las confesiones minoritarias pero toparía una vez más con la muralla de los Acuerdos con la Iglesia católica.

Junto a las referidas al IBI hay toda otra serie de exenciones de que disfrutan estas cuatro confesiones pero de las que carecen las demás, porque están reservadas a las confesiones que hayan firmado acuerdo de cooperación. Ese ha sido, en términos generales, el resultado de la aplicación del artículo 7.2 LOLR<sup>63</sup>. Así por ejemplo, la Ley de Fundaciones<sup>64</sup> extiende a las fundaciones de las confesiones religiosas el régimen fiscal que prevé para las fundaciones sin ánimo de lucro y de interés general, pero circscribe esa extensión a las que disfrutan de acuerdo de cooperación (disposición adicional segunda). Sin embargo, no sucede igual a la inversa, no se aplica a las fundaciones el régimen más favorable previsto en los acuerdos de cooperación.

Desde el punto de vista del modelo, estas exenciones se justifican en las necesidades del culto, expresión de la libertad religiosa, pero ¿qué sucede entonces con las confesiones sin acuerdo? ¿Es el derecho a la libertad de culto de sus miembros menos valioso para el Estado?

En definitiva, las cuatro confesiones con acuerdo gozan de un régimen fiscal privilegiado, con un agravante que hace unos años puso de relieve el caso conocido como “Gescartera”<sup>65</sup>: ni los ingresos ni los gastos de las confesiones religiosas están sujetos a control alguno. De ahí que el entonces portavoz de la Conferencia Episcopal Española, Juan José Asenjo, al formulársele la sospecha de que pudiera estar en juego blanqueo de dinero negro por parte de la Iglesia católica, se

<sup>60</sup> STC 207/2013, de 5 de diciembre (BOE núm. 7 de 8 de enero de 2014).

<sup>61</sup> Apartado 7 del artículo 1 de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas forales de Navarra (BOE núm. 83, de 6 de abril).

<sup>62</sup> Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (BOE núm. 204, de 16 de agosto de 1982).

<sup>63</sup> “En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico”.

<sup>64</sup> Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310, de 27 de diciembre). Otro tanto sucede, por ejemplo, con la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE núm. 307, de 24 de diciembre), Disposiciones Adicionales Octava y Novena.

<sup>65</sup> Grave escándalo financiero destapado en 2001 en España, con miles de afectados entre los que se encontraban algunas diócesis y congregaciones católicas, en el que desaparecieron unos 120 millones de euros y que se saldó con varios condenados por apropiación indebida y falsedad documental.

permitiera responder, un tanto cínicamente, que el dinero de la Iglesia no es ni blanco ni negro, porque no existe para ella obligación alguna de declarar sus ingresos<sup>66</sup>. Y no decía más que la verdad, porque así resulta de la suma de los artículos I y III del AAE.

### **¿Enseñanza de la religión o evangelización en la escuela pública?**

Al margen de cláusulas pintorescas que, o bien se tienen por no puestas, o bien son claramente inconstitucionales y de ahí que nunca se les haya dado cumplimiento sin que la Iglesia católica haya hecho el menor reproche por ello<sup>67</sup>, los asuntos más preocupantes de los contenidos en el AEAC ataúnen a la enseñanza de la religión en los centros docentes públicos<sup>68</sup>, y más hoy que antes, dado que acaba de aprobarse una nueva Ley educativa que supone, en este extremo, un evidente retroceso.

Sobre ese asunto volveré más adelante, pero antes quiero poner de relieve una situación, también de actualidad por haber sido recientemente corregida por el Tribunal Constitucional, que encerraba tanta anomalía en un modelo de Estado laico que es imposible dejar de mencionarla: hasta que la STC 131/2013<sup>69</sup> dictaminó la inconstitucionalidad del último inciso del punto 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica de Universidades<sup>70</sup> (LOU), el establecimiento en España de una Universidad exigía en todo caso su aprobación en una ley de reconocimiento o creación, según se tratara de una universidad privada o pública. Tanto si un particular, persona física o jurídica, pretendía la creación de una Universidad privada, como si una Comunidad Autónoma o el Estado pretendían la creación de una Universidad pública, todos y en todos los casos necesitaban de la aprobación de la correspondiente Ley de reconocimiento o creación (artículo 4 LOU). ¿Todos? No. La Iglesia católica estaba exenta del cumplimiento de tal exigencia desde que la señalada disposición adicional cuarta, punto 2, de la LOU hiciera suya una interpretación que del artículo X.1 del AAE había realizado en su día el Consejo de Estado<sup>71</sup>. Afortunadamente, por fin la situación se ha corregido.

Pero volvamos con la enseñanza religiosa. Me refiero a la enseñanza confesional, a la proselitista y adoctrinadora, a la que supone la transmisión y creación de creencias y convicciones en el alumno, única problemática, pues ninguna pega constitucional tiene que se enseñe en los centros docentes públicos sobre religión si se hace desde la neutralidad y sin pretender ganar adeptos.

<sup>66</sup> Véase “Los obispos alegan que la agenda ‘no es el Evangelio ni dogma de fe’”, *El País*, 19 de septiembre de 2001. Disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://elpais.com/diario/2001/09/19/espana/1000850403\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2001/09/19/espana/1000850403_850215.html). Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>67</sup> AEAC Artículo I: “En todo caso, la educación que se imparte en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana”; o artículo XIV: “Salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social, los sentimientos de los católicos y establecerá los correspondientes acuerdos sobre estas materias con la Conferencia Episcopal Española”.

<sup>68</sup> Sobre el modelo de enseñanza religiosa en España, Llamazares Calzadilla, (2011: 126-180), y toda la bibliografía allí citada.

<sup>69</sup> STC 131/2013 de 5 de junio (BOE núm. 157, de 2 de julio).

<sup>70</sup> LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24 de diciembre).

<sup>71</sup> Documento CE-D-1997-3452. Expediente de 16 de octubre de 1997, de interpretación del art. 10.1 relativo a Universidades y Centros Universitarios de Ciencias no eclesiásticas establecidos por la Iglesia Católica, del acuerdo de 3-enero-1979, entre el Estado Español y la Santa Sede. Puede consultarse en la dirección electrónica <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1997-3452>. Revisado el 14 de noviembre de 2013.

ESTUDIOS

El 30 de diciembre de 2013 entraron en vigor las modificaciones que la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa<sup>72</sup> (LOMCE) introdujo en la Ley Orgánica de Educación de 2006<sup>73</sup> (LOE) y eso incluye algunas de enorme calado en la configuración de la asignatura de Religión: pasamos de un sistema en que la asignatura era voluntaria, a un sistema en que es sólo alternativa; de un sistema en que la asignatura “Educación para la Ciudadanía” era obligatoria, a un sistema en que, sumamente descafeinada, se convierte en alternativa a la de “Religión”; de un sistema en que la asignatura de Religión, de ser evaluable, no contaba en ningún proceso en que hubiera confrontación de expedientes (becas, acceso a la universidad, etc.), a un sistema en que se tiene en cuenta en las mismas condiciones que cualquier otra asignatura obligatoria del currículo, como si de Matemáticas, Biología o Lengua se tratara.

No es un sistema nuevo, es el mismo, si acaso agravado, que estuvo en vigor en los primeros años de la transición<sup>74</sup>. En definitiva, “sólo” hemos retrocedido algo más de treinta años.

Pues bien, aunque aún haya quienes parecen querer mantener la posición contraria, es claro que la obligación de los poderes públicos de ofrecer en sus centros enseñanza religiosa no deriva del artículo 27.3 CE, que se limita a establecer su deber de garantizar el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. De ahí a establecer la obligación de que esa formación se imparta en los centros públicos, integrada en el sistema educativo general, y sufragada por la Administración pública, hay galaxias de confesionalidad<sup>75</sup>.

Sin embargo, con más o menos peso en el sistema, esa enseñanza ha estado presente en los centros públicos desde los primeros pasos dados en democracia hasta hoy (no es necesario decir que con anterioridad aún más). Si tal circunstancia no deriva de la Constitución... ¿deriva quizá del AEAC?

En mi opinión la respuesta es “no necesariamente”, a pesar de que su artículo II obliga a incluir dicha enseñanza en los planes educativos de educación preescolar, primaria y secundaria, en todos los centros de educación, “en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales” y de esa expresión se haya hecho, en demasiadas ocasiones, un uso muy interesado<sup>76</sup>, y no sólo doctrinal sino también judicialmente<sup>77</sup>. Porque esas condiciones equiparables nunca pueden ser, como se ha pretendido, y de hecho se pretende de nuevo en la LOMCE, “condiciones idénticas”<sup>78</sup> dado que se trata de una asignatura en la que entra en juego el derecho fundamental de libertad religiosa y por tanto, esencial punto de distinción, nunca podrá ser declarada obligatoria. Es más, se trata de una

---

<sup>72</sup> Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (BOE núm. 295, de 10 de diciembre).

<sup>73</sup> Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo).

<sup>74</sup> Sobre los vaivenes de la asignatura en nuestro país desde la temprana transición hasta 2013, véase Llamazares Calzadilla, (2011: 155-169).

<sup>75</sup> Como el TC ha tenido ocasión de señalar, pese a su colocación sistemática en el artículo 27 CE, este derecho no forma parte del contenido de la libertad de enseñanza ni del derecho a la educación, sino que es manifestación directa del derecho de libertad religiosa del artículo 16.1 CE.

<sup>76</sup> Nótese la incongruencia que para el sistema supone este artículo II: la expresión “todos los centros de educación” incluye a los centros privados no concertados, que, pudiendo estar dotados de un ideario o carácter propio religioso no católico (evangélico, judío, musulmán, etc.) estarían obligados a ofrecer clase de religión católica si lo así solicitara un número de alumnos suficiente para activar el grupo.

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, las sentencias de la Sala 3<sup>a</sup> del TS de 3 de febrero o 9 de junio de 1994, aunque más adelante haya atemperado las afirmaciones en ellas vertidas.

<sup>78</sup> Así lo afirmó tiempo después de las anteriores, la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 14 de abril de 1998, FJ 5.

asignatura cuyo perfil sólo ofrece una posibilidad de configuración: la voluntariedad. No basta siquiera la alternatividad, pues en ese caso estaremos obligando a unos ciudadanos a sufrir una carga (asistir a, y puede que hasta aprobar, una asignatura extra) para que otros puedan, en ejercicio de su libertad religiosa, asistir a clase de Religión.

Y no sólo eso. El hecho de que la asignatura de Religión se evalúe a todos los efectos supone integrar en el sistema educativo laico, con incidencia en las promociones de curso y en la concurrencia de expedientes para la obtención de becas o la elección de la carrera universitaria preferida, la *calificación obtenida al ser evaluados como sujetos de adoctrinamiento religioso*, lo cual choca de lleno con el principio de laicidad, por un lado, y con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación por razones religiosas, por otro. Y sin embargo, para el curso 2014/2015, es así como las cosas funcionarán. Con todo, esa es una elección legislativa, en absoluto el AEAC obliga a llegar tan allá.

Así pues, el sistema que se va a implementar es inconstitucional, sí, pero en este caso no por mandato del AEAC, sino porque esa ha sido la voluntad legislativa de la actual mayoría parlamentaria.

Más dificultades nos plantea lo establecido en el AEAC sobre los profesores de Religión católica. Como es natural, tratándose de una asignatura de corte confesional y adoctrinador, el Estado laico es incompetente para establecer los contenidos, libros de texto y materiales didácticos, así como la evaluación de los progresos de los alumnos. En coherencia, el AEAC establece que los profesores que impartirán estos contenidos serán designados por la autoridad académica de entre las personas propuestas para cada año escolar por el Obispo correspondiente. Y ello para ejercer funciones docentes en un centro público pero sin disfrutar de libertad de cátedra, derecho fundamental que la CE reconoce a los docentes españoles sin distinción (artículo 20.3), y sin tener en cuenta para su contratación los requisitos de mérito y capacidad (artículo 103 CE), o el principio de igualdad en el acceso a la función pública establecido en el artículo 23 CE.

Y aquí nos encontramos con un problema irresoluble que, llegado el caso, deja al Estado, en mi opinión, una única opción: la de incumplir el Acuerdo. Porque, si vigente el curso escolar, el Obispo solicitará el cese de un profesor de religión, en virtud del Acuerdo la autoridad académica estaría obligada a despedirle. O, aún no siendo técnicamente un despido, si un profesor que viniera impartiendo tal asignatura no fuera propuesto por el Obispo para el curso siguiente, la autoridad académica no podría designarle. Y el hecho es que el Obispo está obligado a cumplir con el Derecho Canónico al designar a aquellos que considera aptos para desarrollar la actividad eclesial de impartir educación religiosa, y eso incluye la exigencia de que sean personas “que destaque por su recta doctrina” y “por el testimonio de su vida cristiana” (can. 804.2), pudiendo el Obispo exigir su cese cuando así lo “requiera una razón de religión o moral” (can. 805); es decir, es labor del Obispo vigilar su idoneidad también en el terreno moral. Sumando ambos factores, tenemos a la autoridad académica de un Estado laico que nombra y remueve profesores por motivos exclusivamente religiosos en aplicación, nuevamente vía remisión material, de los dos cánones antes citados. Y la cosa empeora aún más cuando, como es el caso, la autoridad académica no sólo designa, sino que contrata y paga a ese profesorado.

El espectáculo que hemos venido contemplando en los últimos años ante el despido, si se quiere encubierto como no renovación, de algunos de estos profesores, no ha podido ser más lastimoso, incluso patético me atrevo a decir. Enrojece asistir al desfile de autoridades educativas confesándose maniatadas por

el AEAC y, por tanto, declarándose impotentes para cumplir su obligación de defender los derechos constitucionales y fundamentales de sus ciudadanos (en ocasiones la no renovación surge del ejercicio de un derecho constitucional por parte del profesor: formar una familia sin contraer previamente matrimonio canónico, divorciarse civilmente sin acudir a los tribunales canónicos...).

Y siendo eso mucho, se me antoja aún más grave desde el punto de vista constitucional que sean en ese caso las propias autoridades educativas civiles las que aparezcan (porque lo son) como violadoras de esos derechos en cumplimiento de la instrucción de un Obispo, aunque sea al amparo del AEAC.

Sobre el tema se ha pronunciado el TC en varias ocasiones, sin que eso haya servido para resolver el problema. Me referiré solamente a tres sentencias, dos de 2007 y una de 2011.

Se pronuncia el Alto Tribunal por primera vez a propósito de una cuestión de inconstitucionalidad que le había planteado el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en un caso de no renovación de una profesora como consecuencia de mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado civilmente<sup>79</sup>.

En dicha sentencia, el TC o bien inadmite la cuestión de inconstitucionalidad con respecto a algunos de los supuestos consultados, o bien rechaza la inconstitucionalidad de los demás. Pero, lejos de lo que podría esperarse, la sentencia dista mucho de ser clara en sus fundamentos jurídicos, y su lectura muestra no pocas contradicciones<sup>80</sup>. De hecho, sobre esa misma resolución se fundamentarán posteriores sentencias que son, argumentalmente, de difícil conciliación entre sí. Y así, unos tribunales ordinarios fallarán a favor y otros en contra de los demandantes, en supuestos de hecho bastante similares, y unos y otros haciendo uso de los argumentos utilizados por el TC en esta sentencia 38/2007, que sirve para sustentar las dos posiciones.

Pero el propio TC dictará dos sentencias más en estos asuntos: las SSTC 128/2007<sup>81</sup> y 51/2011<sup>82</sup>.

La primera resuelve el cese de un profesor, ex-sacerdote, que es miembro activo del Movimiento Pro-celibato Opcional (MOCEOP), movimiento católico integrado por sacerdotes y ex-sacerdotes, por hacer pública su situación de sacerdote casado, pese a que, mientras no fue pública, sí se le permitió dar clase<sup>83</sup>. El TC deniega el amparo, aunque a la sentencia se plantea un voto particular conjunto por dos Magistrados que defienden el fallo contrario<sup>84</sup>. La segunda resuelve la no renovación de una profesora de religión por causa de haber contraído matrimonio civil con un divorciado, y en esta ocasión se le otorga el amparo (esta vez sin votos particulares).

<sup>79</sup> STC 38/2007, de 15 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo). Ver el comentario crítico de Llamazares Fernández (2007: 267-307).

<sup>80</sup> Esto, y el hecho de haber sido aprobada por unanimidad, la hacen sospechosa de ser resultado de un falso acuerdo entre los magistrados que acabó traduciéndose en un resultado híbrido, como si se hubiera intentado casar dos ponencias contradictorias.

<sup>81</sup> STC 128/2007, de 4 de junio (BOE núm. 161, de 6 de julio).

<sup>82</sup> STC 51/2011, de 14 de abril (BOE núm. 111, de 10 de mayo).

<sup>83</sup> Ordenado sacerdote en 1961, había pedido la dispensa del sacerdocio en 1984 y contraído, en 1985, matrimonio en cuyo seno nacieron cinco hijos, fue designado profesor de religión ininterrumpidamente entre los cursos 1991-92 a 1996-97. Sin embargo, no obtuvo la dispensa al sacerdocio hasta agosto de 1997, justo antes de ser despedido tras publicarse una foto suya con su familia.

<sup>84</sup> Doña Elisa Pérez Vera y Don Pascual Sala Sánchez.

Pues bien, da fe de la “complejidad argumentativa” de la STC 38/2007 la, como poco, curiosa circunstancia de que ambas sentencias (y también el señalado voto particular), llegan a soluciones contrarias tomando como base en los tres casos, lo expuesto en la 38/2007, citas literales incluidas.

Una revisión del AEAC que lo ajustara a la legalidad constitucional evitaría tanta vicisitud judicial y, lo que es más importante, evitaría que los poderes públicos hicieran dejación de su deber de defensa de los derechos de los ciudadanos escondiéndose tras los preceptos contenidos en un tratado internacional.

## 5. La forma de los acuerdos

### ***Los Acuerdos como tratados de derecho internacional***

Su configuración como tales los dota de una especial estabilidad. Eso es, por encima de otras circunstancias, lo que a la postre determina las dificultades para su reforma.

Dije más arriba que el Concordato como instrumento jurídico único fue sustituido por varios acuerdos diferenciados en razón de sus contenidos. Señalé también cómo una de las razones esgrimidas para ese cambio, considerándolos algunos incluso como normas transitorias “ad experimentum”<sup>85</sup>, fue la de facilitar su revisión y modificación consensuada: la revisión de un determinado bloque de materias no tenía por qué afectar a los demás bloques. Como vimos, ese carácter de transitoriedad está especialmente claro en alguno de los acuerdos, como el AAE.

Pero los acuerdos llevan ya vigentes treinta y cinco años y no ha habido ninguna revisión, pese a que han menudeado los casos de disparidad de criterios entre Estado e Iglesia a la hora de su interpretación y aplicación. Hay que convenir, por tanto, que al menos uno de los objetivos perseguidos por la nueva fórmula de acuerdos parciales ha terminado en fracaso pese a estar, aisladamente contemplada, bien pensada.

Y ha terminado en fracaso porque algo más los dota de esa tremenda estabilidad vacunándolos contra toda posible y deseable reforma: su carácter de tratados de Derecho internacional. Porque una vez publicados oficialmente en España “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (art. 96.1).

Y, en el asunto que nos ocupa, la consecuencia más deplorable desde un punto de vista democrático es que tal calificación jurídica implica o puede implicar, dependiendo de su contenido, auténticas enajenaciones de competencias del Estado a manos de la Iglesia católica.

Los sujetos del Acuerdo no son dos Estados, sino un Estado y una organización confesional con personalidad jurídica internacional, así que no se trata de competencias intercambiables, porque son de naturaleza distinta. Aquí no tiene cabida el principio de reciprocidad, como ilustra el caso del negocio jurídico matrimonial: en el AAJ, el Estado atribuye validez civil al matrimonio canónico, pero la Iglesia no reconoce validez canónica al matrimonio civil, ni hay la menor necesidad.

Los problemas fundamentales proceden del carácter confesional de una de las partes si tenemos en cuenta que para ella, objeto inmediato y directo del acuerdo

<sup>85</sup> Giménez y Martínez de Carvajal (1971: 487-488).

no son los derechos de los ciudadanos del Estado con el que pacta, que al mismo tiempo son sus fieles, sino los derechos de la Iglesia en cuanto tal:

a) En efecto, se puede producir una colisión entre el derecho de libertad religiosa reconocido a la Iglesia, y los derechos fundamentales del ciudadano; el Acuerdo puede expresarse de tal modo que parezca decir, o incluso diga expresamente, que prevalece el derecho de la Iglesia sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Basta con que los tribunales acepten críticamente tal tesis, como consecuencia de la actuación subconsciente de prejuicios confessionales. Algo que, como hemos visto, se produce en más de una Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>86</sup>, no digamos del Tribunal Supremo<sup>87</sup>.

b) Esa situación implica además algo especialmente grave: la enajenación de competencias de soberanía legislativa del Estado, justamente en relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Resulta que en virtud de tal enajenación se ha convertido a la Iglesia Católica en colegisladora. En efecto, el acuerdo es resultado de la conformidad de ambas partes y no puede llevarse a cabo su interpretación y aplicación sin nuevo pacto entre ambas<sup>88</sup>.

c) Y para contribuir a la ceremonia de la confusión resulta que tal enajenación de competencias se ha hecho sin observar el procedimiento exigido por la Constitución (art. 93 CE).

La posible inconstitucionalidad afecta por tanto, no sólo al contenido, sino también a la forma de los acuerdos.

### ***Los Acuerdos entre Iglesia y Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Conclusiones telegráficas previas a una propuesta de iure condendo***

a) Constitucionalmente no es obligada la existencia de esos acuerdos y menos que tengan unas determinadas características. Desde el punto de vista de los derechos, el Estado y su ordenamiento sólo están obligados respecto de los grupos en la medida en que estos sean necesarios o estén al servicio de la más plena realización de los derechos de sus ciudadanos. Sólo es obligada la cooperación con la Iglesia católica, lo mismo que con otras confesiones y con cualesquiera otros grupos, sean o no religiosos, en la medida, y sólo en la medida, en que sea necesaria esa cooperación para hacer reales y efectivas la igualdad y la libertad o para eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Ni siquiera es necesaria ninguna otra forma concreta de bilateralidad, ni un determinado cauce unilateral. La decisión sobre el cómo corresponde enteramente al Estado.

b) El Estado, salvo a través de la vía de la ley orgánica (art. 93 CE), no puede enajenar ni transferir a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. No puede por tanto transferir competencias en materia de derechos fundamentales de sus ciudadanos mediante tratados internacionales. Tampoco a la Iglesia católica. Los acuerdos Iglesia-Estado no han sido aprobados mediante ley orgánica.

<sup>86</sup> Sirva como ejemplo, sin ir más lejos, la recién mencionada STC 38/2007, FJ 9, párrs. 4 y 5.

<sup>87</sup> No tienen otra explicación, por ejemplo, las aseveraciones contenidas en las SSTS de 3 de febrero, 17 de marzo, 9 de junio y 30 de junio de 1997, relativas al estatuto jurídico de la asignatura de Religión.

<sup>88</sup> En todos los Acuerdos de 1979 se recoge la siguiente fórmula: "La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan".

El carácter de tratados internacionales de estos acuerdos se fundamenta en una ficción jurídica. Ni son un acuerdo entre Estados, ni son aludidos por la enumeración de la Convención de Viena de 1969 (art. 3), con independencia de que convencionalmente se les atribuya un valor jurídico similar.

Es más, difícilmente se pueden considerar como una relación jurídica sometida a control jurisdiccional cuando una de las partes no acepta una tercera instancia que, caso de conflicto, decida sobre la misma. Porque el canon 1404, repitiendo el eslogan del Medievo *Ecclesia a nemine iudicatur* ("la Iglesia por nadie puede ser juzgada") sigue aplicando esa misma máxima a la Santa Sede: *Prima Sedes a nemine iudicatur*. Eso explica que no se conozca ni un solo caso, por más graves que hayan sido las violaciones de lo acordado, en que la Iglesia haya denunciado un concordato.

c) Cuando de derechos fundamentales se trata, el Estado no puede hipotecar o condicionar su libertad para cumplir su obligación de respeto, defensa y promoción de los mismos, mediante ningún tipo de acuerdos. En esta materia el Estado debe escuchar a los grupos y, si se trata de la libertad religiosa, también a las Iglesias, pero una cosa es consultar y pedir su parecer y otra cosa muy distinta convertirlos en colegisladores. Y ese es el peligro de los acuerdos, salvo que se limiten a establecer cauces institucionalizadores del diálogo para que el legislador conozca de voz autorizada las obligaciones en conciencia de cada una de las creencias, y poder así tenerlas en cuenta, en la medida en que lo permita el más escrupuloso respeto del orden público, tal como aparece descrito en el art. 3.1 de la LOLR, y del principio de laicidad recogido en el art. 16.3 CE, tal y como es interpretado por el TC. Cualquier otra fórmula pone inexorablemente en peligro la soberanía legislativa del Estado nada menos que en materia de derechos fundamentales.

d) Los acuerdos conducen inexorablemente al privilegio. Constantemente nos encontramos en nuestro ordenamiento con excepciones de la aplicación del Derecho común a la Iglesia Católica y siempre con el mismo fundamento no discutible, como si fuera ley suprema: los Acuerdos del 79. Los acuerdos se convierten así en un ordenamiento dentro del ordenamiento.

e) Los concordatos de los dos últimos siglos responden siempre al intento de la Iglesia de defenderse frente a las ideas de progreso, democracia y reconocimiento de los derechos humanos, en especial el de libertad de conciencia y su *conditio sine qua non*, la laicidad del Estado. Cambian las formas a partir del Vaticano II pero subsisten no pocas actitudes de fondo. En todo caso, en los acuerdos, incluso en los del 79, es protagonista la defensa, no de los derechos de libertad religiosa y libertad de conciencia de los fieles/ciudadanos, sino de los derechos de la Iglesia como institución, con el permanente riesgo de sacrificar a estos los anteriores (Pardo, 2004: 336-337 y 2008: 436-439).

f) En todos los acuerdos de 1979 está previsto el mismo procedimiento, "común acuerdo" inspirándose en los principios que los informan, para su interpretación y aplicación<sup>89</sup>; no está prevista, en cambio, la revisión.

La revisión se torna entonces en un procedimiento inviable si una de las partes no cede en sus posiciones maximalistas, ya que, de hecho, ambas partes se apoyan en principios informadores diferentes: la Santa Sede, sólo en los principios contenidos implícita o explícitamente en el Acuerdo concreto (anclados, en última

<sup>89</sup> Art. VII del AAJ; XVI del AEAC; VI del AAE; y VII del AAR: "La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan".

instancia, en el acuerdo preconstitucional de 1976); y el Estado, en los principios supremos consagrados en la Constitución de 1978. Y eso es lo que ha venido ocurriendo a lo largo de todos los años de vigencia de la Constitución.

## 6. Propuestas de *iure condendo*

Visto que tanto desde su contenido como desde su forma pueden ser tachados de posible inconstitucionalidad, se impone una revisión a fondo de los Acuerdos, su sustitución por otros nuevos de naturaleza jurídica distinta o, incluso, su desaparición, por innecesarios en una sociedad plural, multicultural incluso, en la que los principios de laicidad y tolerancia<sup>90</sup> garantizan la plena protección de la libertad de conciencia de individuos y comunidades e incluso el control de esa protección por órganos jurisdiccionales como el TEDH o el Comité de Derechos Humanos.

Porque en una democracia pluralista, en que rigen los principios de tolerancia y laicidad, las confesiones, también la Iglesia católica, son simplemente asociaciones voluntarias que, en principio, han de someterse a la legislación común del Estado. No parece haber sitio aquí para relaciones internacionales, sino para relaciones de esas asociaciones con el Estado como meras asociaciones internas, sometidas al Derecho común<sup>91</sup>.

En atención a todo lo expuesto, entiendo que son posibles dos alternativas, ambas válidas por separado: la denuncia de los acuerdos en su totalidad, o la revisión parcial de mutuo acuerdo de los ya existentes, complementadas ambas fórmulas con la correspondiente legislación unilateral de desarrollo que deberá respetar escrupulosamente los principios constitucionales.

93

Son los únicos caminos que le quedan al Estado para superar la situación, más arriba descrita, a la que nos ha conducido la, si se me permite, cerril actitud de la Iglesia en la aplicación del principio del mutuo consentimiento para resolver los problemas de interpretación y aplicación de los acuerdos vigentes, actitud que se ha traducido casi siempre en no moverse ni un ápice de su posición inicial, imposibilitando así una solución más acorde a los principios constitucionales que permitiera al Estado ejercer sus competencias.

La denuncia deberá hacerse de conformidad con el Derecho internacional, tratando de buscar su acomodo en el art. 56 de la Convención de Viena y comunicando a la Santa Sede que, dada la reiterada imposibilidad de llegar a pactos interpretativos que permitan al Estado adecuar el contenido del tratado a su normativa constitucional, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (Wagnon, 1971: 21 y Catalano, 1971: 39) en el plazo de doce meses el Estado español se considerará libre de los compromisos contenidos en los Acuerdos, manifestando su

<sup>90</sup> Sobre el principio de tolerancia y su relación con el de laicidad en nuestro modelo constitucional, vid. Llamazares Fernández (2011a: 32 y 340 ss.).

<sup>91</sup> Cosa distinta son los acuerdos que pudieran establecerse con la Santa Sede para cooperar a la consecución de fines tales como la protección de los derechos humanos, la paz y la tolerancia, la erradicación de la enfermedad, de la pobreza o del hambre, etc. La Santa Sede tiene firmados varios acuerdos de este tipo con diferentes Estados; sirvan como ejemplo el Acuerdo Fundamental entre el Estado de Israel y la Santa Sede de 30 de diciembre de 1993, cuya versión en inglés se puede encontrar en la dirección electrónica: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19931230\\_santa-sede-israele\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19931230_santa-sede-israele_en.html). Revisado el 17 de octubre de 2013. O el Pacto entre la Organización para la Liberación Palestina y la Santa Sede de 15 de febrero de 2000, cuya versión en inglés está disponible en la dirección electrónica: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/2000/documents/rc\\_seg-st\\_20000215\\_santa-sede-olp\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2000/documents/rc_seg-st_20000215_santa-sede-olp_en.html). Revisado el 17 de octubre de 2013. Con base en este último está próxima la firma de un nuevo Acuerdo más amplio entre la Santa Sede y el Estado Palestino.

propósito de proceder, a partir de ese momento y de no haber objeción de la otra parte, a legislar unilateralmente sobre todos los temas contenidos en ellos, sometiéndolos, como regla general y en aras del principio de igualdad, al Derecho común.

Tanto si la opción es denunciar los acuerdos en su totalidad como si es proceder a su revisión bilateral parcial, es absolutamente necesaria la transformación de su naturaleza jurídica: deben perder su condición de tratados de Derecho internacional y transformarse en tratados o acuerdos de *Derecho público interno*, de naturaleza jurídica semejante a los acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias, como única forma de sortear el riesgo de lesionar la soberanía legislativa del Estado (lo que en el caso de la revisión bilateral exigiría una renovación del acuerdo también en aquellos contenidos que se fueran a mantener). Esos nuevos acuerdos de naturaleza legal deberían contener, como punto de partida, el estatuto reconocido a las confesiones firmantes y, al mismo tiempo, la fórmula de su revisión, sin cercenar ni lesionar la soberanía legislativa del Parlamento: esto es, previo el *informe preceptivo, pero no vinculante* de la confesión o confesiones a cuyo estatuto pudiera afectar.

Pero además, y ya por último, dados los riesgos que los acuerdos encierran, y muy especialmente su tendencia a la desigualdad y al privilegio<sup>92</sup>, y partiendo de la experiencia obtenida una vez ensayada ya esa fórmula, estaríamos ya en condiciones de elaborar una Ley general de libertad de conciencia, pensamiento y religión, en la que se contemplaran las diferencias de ejercicio religioso entre las diversas minorías y mayorías confesionales, en general más bien escasas<sup>93</sup>, que serían las únicas legitimadas para una acomodación excepcional. Para todo lo demás, lo razonable sería aplicar el Derecho común.

## Bibliografía

94

- AMERIGO CUERVO-ARANGO, F. (2006), *La financiación de las confesiones religiosas en el derecho español vigente*, UNED, Madrid.
- AYMANS, W. (1971), "Los acuerdos con los países de Centroeuropa", en AA.VV., *La Institución Concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico*, C.S.I.C. – Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca.
- CALVO ESPIGA, A. (1994), "El ordenamiento jurídico español y la homologación civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y dispensas pontificias de matrimonio rato y no consumado: el debate parlamentario en torno a la redacción del art. 80 CC", en *Scriptorium victoriense*, Vol. 41, Núm. 1-4, pp. 247-325.
- CALVO ESPIGA, A. (2011), "La exclusión de la sacramentalidad en el consentimiento matrimonial y su posible incidencia en el ordenamiento civil", *Laicidad y Libertades: Escritos jurídicos*, Vol. 1, Núm 11, pp. 7-50.
- CASTRO JOVER, A. (2003), "Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos", *Revista de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 3. Disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=401381&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401381&d=1).
- Revisado el 12 de marzo de 2013.

<sup>92</sup> Recuérdese que esa es la tesis sobre la libertad religiosa de la declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II.

<sup>93</sup> En los vigentes acuerdos con las federaciones judía, musulmana y protestante, si exceptuamos los artículos en los que se definen funciones religiosas, ministros de culto y lugares de culto, y los que repiten normas de derecho general o común, apenas quedan supuestos de acomodación: fiestas, descanso semanal, alimentos y enterramientos. Y todos ellos susceptibles de estar previstos en la ley general.

- CATALANO, G. (1971), "Natura giuridica dei concordati nella moderna dottrina", AA.VV., *La Institución Concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico*, C.S.I.C. – Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca.
- CELADOR ANGÓN, O. (1998), *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid.
- CUBILLAS RECIO, L.M. (1985), *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado: técnicas jurídicas y factores determinantes*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid.
- DE OTTO Y PARDO, I. (1987), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (1985), "La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas", *Revista de Administración Pública*, Núm. 108, pp. 365-404.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (2009), "Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 19. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=407309&d=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=407309&d=1). Revisado el 15 de marzo de 2013.
- FORNÉS, J. (1979), "La revisión concordataria en España mediante los acuerdos de 1976 y 1979", en *Ius Canonicum*, Vol. XIX, Núm. 37, pp. 15-58.
- GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J. (1971), "Temática general de la revisión del Concordato español", AA.VV., *La Institución Concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico*, C.S.I.C. – Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca.
- HOLLERBACH, A. (1965), *Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland*, Vittorio Klostermann, Frankfurt.
- HOLLERBACH, A. (1974), "Die Vertragsredlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts", en FRIESENHAHN, E., SCHEUNER, U. y LISTL, J. (coords.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Dunker und Humblot, Berlin.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (2011), "El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos: la llamada enseñanza religiosa", en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (1989), "El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcance y límites", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 3, pp. 199-231.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2001), "LOLR: las contradicciones del sistema", *Laicidad y Libertades*, Núm. 0, pp. 15-44.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2007), "Contratación laboral de los profesores de religión católica por la Administración Pública. Comentario a la STC 38/2007", *Revista española de Derecho constitucional*, Núm. 80, pp. 267-307.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2010), "Laicidad imposible", *El País*, 3 de enero de 2010. Disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://elpais.com/diario/2010/07/03/sociedad/1278108002\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/07/03/sociedad/1278108002_850215.html). Revisado el 19 de diciembre de 2013.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011a), *Derecho De la Libertad de conciencia. I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Civitas, Madrid.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011b), *Derecho de la libertad de conciencia. II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas, Madrid.
- MACLURE, J. y TAYLOR, C. (2011), *Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza Editorial, Madrid.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. (2000), *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson, Madrid.

- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. (2004), "La libertad de conciencia en la Constitución española", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Núm. 2, pp. 59-63.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (1987) "Jerarquía y antinomias de las fuentes del nuevo Derecho eclesiástico español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. III, pp. 119-148.
- NAVARRO-VALLS, R. (1980), "Los efectos civiles del matrimonio canónico en el acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español", *Revista de Derecho Privado*, Año 64, Mes 1, pp. 107-154.
- NAVARRO-VALLS, R. (1982), "La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981", *Revista de Derecho Privado*, Año 66, Mes 1, pp. 665-709.
- OLMOS ORTEGA, M.E. (1983), "El matrimonio canónico en el Código Civil de 1981", *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 39, Núm. 112, pp. 43-80.
- PARDO PRIETO, P. (2008), *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PARDO PRIETO, P. (2005), "Laicidad y Acuerdos vigentes con la Iglesia católica", *Laicidad y Libertades: Escritos jurídicos*, Núm. 5, pp. 317-352.
- PARDO PRIETO, P. (2004), *Libertad De conciencia y sistema concordatario histórico español*, Universidad de León, León.
- PELAYO OLMEDO, J.A. (2009), "La personalidad jurídica de las confesiones religiosas y la actividad registral", en MARTÍN SÁNCHEZ, I. y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid.
- PEMÁN GAVÍN, J. (1991), "Las Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho", en MARTÍN-RETORTILLO, S., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría. Volumen I: El Ordenamiento Jurídico*, Civitas, Madrid.
- PEÑA-RUIZ, H. (2001), *La emancipación laica. Filosofía de la Laicidad*, Laberinto, Madrid.
- PÉREZ ROYO, J. (1984), *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid.
- POLO SABAU, J.R. (1997), *El régimen jurídico de las universidades privadas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid.
- POLO SABAU, J.R. (2012), "Apuntes sobre la posición de los acuerdos con la Iglesia católica en el sistema constitucional de derechos fundamentales", *Laicidad y Libertades: Escritos jurídicos*, Núm. 12, pp. 261-298.
- REINA, V. (1981), "La eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio", *Actualidad Jurídica*, Núm. 2, pp. 31-33.
- RUBIO LLORENTE, F. (1991), "El bloque de constitucionalidad", en MARTÍN-RETORTILLO, S., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría. Volumen I: El Ordenamiento Jurídico*, Civitas, Madrid.
- SOUTO PAZ, J.A. (1995), *Derecho Eclesiástico del Estado*, Marcial Pons, Madrid.
- SERRANO POSTIGO, C. (1998), "Los Acuerdos del Estado español con las Confesiones no católicas", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. IV, pp. 89-106.
- TORRES GUTIÉRREZ, A. (1999), "Aplicación del IVA a la Iglesia católica: estudio del artículo III del Acuerdo sobre asuntos económicos de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Vol. 2, Diputació de Castelló, Castellón.
- TORRES GUTIÉRREZ, A. (2001), *Régimen fiscal de las confesiones en España*, Colex, Madrid.

- TORRES GUTIÉRREZ, A. (2002), "La asignación tributaria en España a favor de la Iglesia católica: un estudio crítico", *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 34, pp. 197-223.
- TORRES GUTIÉRREZ, A. (2006) "Régimen fiscal de las entidades eclesiásticas en España", MARTÍN, M.M. (coord.), *Entidades eclesiásticas y Derecho de los Estados*, Comares, Granada.
- VILADRICH, P.J. y FERRER, J. (1993), "Principios informadores del Derecho Eclesiástico Español", NAVARRO VALLS, R. (coord.), *Derecho Eclesiástico del estado español*, Eunsa, Pamplona.
- WAGNON, H. (1971), "L'Institution concordataire", AA.VV., *La Institución Concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico*, C.S.I.C. – Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca.





## Extra Lives: Access to Knowledge (A2K) vs. exclusive regimes

Pablo Zapatero Miguel  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[pablo.zapatero@uc3m.es](mailto:pablo.zapatero@uc3m.es)

### Abstract

The ratcheting up of global patent standards, fuelled by technology-exporting countries under the pressure of industry lobbies, erodes access to affordable drugs in the developing world. In response to increasing tensions with developing countries and A2K (Access to Knowledge) advocates, the TRIPS agreement was partially reengineered. As a result, a re-regulation process took place suspending key treaty provisions -article 31(f)-, and erecting a burdensome mechanism for importing generics under compulsory license. Reasonably, more effective policy options are still available.

### Keywords

A2K, life-sciences, exclusive rights regimes, patents, generics.

98

## Vida extra: acceso al conocimiento versus derechos exclusivos

### Resumen

El aumento de los estándares internacionales de protección de patentes, impulsado por los países exportadores de tecnología bajo presión de los lobbies de la industria, erosiona el acceso a medicamentos asequibles en el mundo en desarrollo. En respuesta a las crecientes tensiones con países en desarrollo y los activistas del acceso al conocimiento, el acuerdo del TRIPS ha sido objeto de algunos cambios. A resultas, se produjo un proceso de re-regulación, suspendiendo disposiciones de dicho acuerdo -artículo 31(f)-, y estableciendo un gravoso mecanismo para importar genéricos bajo licencia obligatoria. Razonablemente, políticas más efectivas están todavía disponibles.

### Keywords

A2K, ciencias de la vida, regímenes de derechos exclusivos, patentes, genéricos.

## 1. Of patent lords

Health-care and treatment infrastructures in developing countries are costly, long-term, open-ended investments involving significant resources. General access to affordable medicines thus requires efficient procurement policies as well as public health infrastructures (i.e.: trained staff, supplies, buildings, information systems and distribution channels).

Any sound policy incentive to invest in these public policies will be cancelled out if a steady stream of medicines at affordable prices is not first secured. However, the internationalisation of trade-related intellectual property (IP) protection is adding extra difficulties.

The Trade Related Intellectual Property (TRIPS) agreement standardizes the global privatization of intangibles. The first three sections of this text explore its origins (section 1), the feasibility of reengineering its rules through the legal prism of so-called flexibilities (section 2), and the work done in this direction since 2001 (section 3). The last two sections explain the ineffective solution regarding access to *imported* medicines in developing countries (section 4) and, finally, briefly dissect some pro-trade reasonable alternatives (section 5).

Nowadays, the ratcheting up of global IP standards (read exclusive rights regimes) is exacerbating the historical tensions characterising patent protection. Conflicts of values and competing interests are severely confronted in socially sensitive areas (Drahos and Braithwaite, 2002; Ryan, 1998). The relationship of patent protection and access to affordable medicines in the developing world is one of these; here, more reasonable policies are needed to balance public health (rights of citizens-patients) and private property (rights of patent holders) in the field of life-saving or life-extending products.

The Uruguay Round of trade negotiations incorporated IP by sustaining its “trade-relatedness” and, as a result, new global standards of IP protection were established under the Agreement on Trade Related Intellectual Property. However, the provisions of this agreement do not establish “IP-related” public health protection with similar sensitivity. Consequently, TRIPS agreement has been in need of strategic re-engineering from the very first day that it entered into force in 1996.

The agreement is designed to establish minimum protection standards for IP, applying a top-down approach towards harmonisation (Stephan, 2002). Certainly, it is the most far-reaching and comprehensive legal regime concluded in the intellectual property area in history (Correa and Yusuf, 1998: xvii).

Developing countries agreed to negotiate this agreement in exchange for trade concessions on textiles and agricultural products under the complementary (and strong) pressure of US trade unilateralism (Watal, 2001; Okediji, 2003: 819-918). The agreement was in fact negotiated in the shadow of unilateral trade sanctions pursued by the United States Trade Representative (USTR) “diplomacy”.<sup>1</sup>

Developing countries such as Brazil, India, Argentina, Cuba, Egypt, Nicaragua, Nigeria, Peru, Tanzania and Yugoslavia were among the most active General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) Contracting Parties opposing IP lawmaking in the Uruguay Round; arguing that the multilateral trade system was primarily concerned

---

<sup>1</sup> The Omnibus Trade and Competitiveness Act in 1988 amended section 301 of the US Trade Act of 1974 and required USTR to identify inadequate domestic IP protection and unilaterally enforce market access. See, particularly, Ryan (1998: 558-559).

with trade in goods and not property rights in intangibles (Bradley, 1987: 81). However, their initial resistance for a narrower interpretation of the mandate for the Uruguay Round negotiations (Ministerial Declaration of 1986) on this issue broke down in 1988, with the second amendment reforming Section 301 of the US Trade Act of 1974: the so-called Special 301.

Entering into operation in 1989, Special 301 granted USTR the authority to apply unilateral trade sanctions against countries providing 'insufficient' protection of intellectual property. Interestingly, five of the ten countries in the hard line group which was against incorporating IP protection in the negotiations were listed for bilateral attention in the first USTR announcement of Special 301 country targets. Countries such as Argentina or Egypt were placed on the Watch List while both Brazil and India, the leading opponents of the US agenda, were placed on the *Priority Watch List*, Special 301 most serious country category -USTR's annual Special 301 Reports on International Property Rights – IPRs- (Abbott, 1989: 689 and 708-709).

As a result, the original legal framework of WTO law today contains an agreement on trade-related IP protections; and its rules are not only here to stay, but for decades to come. However, almost a decade since it entered into force, there is growing criticism among developing countries as they have to live with the 'burden' of stringent IP standards while developed countries have not equally honoured their trade commitments (lowering tariffs and subsidies on textiles and agriculture) (Commission on Intellectual Property Rights, 2002: 8). Last, but not least, the TRIPS agreement is producing some unforeseen adverse effects in the pharmaceutical policies of the developing world<sup>2</sup>.

The negotiations on the side of developed countries were obviously fuelled by the fact that technological and scientific advancement accounts for a growing portion of domestic productivity increases in their economies.<sup>3</sup> However, as Drahos (2001: 13) explains, both developed and developing countries alike were generally in ignorance about its likely effects on information markets.

The information revolution and its knowledge-based economy have reduced production costs, significantly raising the (legal) value of knowledge. TRIPS rules were precisely designed to promote the legal protection of these knowledge-production processes, not to develop solutions for key social issues such as access to medicines in the developing world.

It is fair to say, in any case, that finding a proper balance between patents and health is not itself an easy task, as interests and values are at odds in this disputed area of international law and global politics.<sup>4</sup>

Conventional thinking on patents argues that effective patent protection is a prerequisite for research and development, as well as a lever for economic development in general.<sup>5</sup> According to this view, IP friendly environments promote foreign direct investment (FDI) and technology transfer (i.e., foreign technology

---

<sup>2</sup> On the perverse distributional effects of TRIPS patent protection with regards to pharmaceuticals see, in particular, Benvenisti and Downs (2004: 21-52).

<sup>3</sup> On the evidence that TRIPS substantially amplified the returns to technology-exporting countries since its adoption see Abbott (2005) and accompanying references.

<sup>4</sup> On the two main schools alternatively suggesting a conflict (primacy of human rights) or co-existence (need for a balance) of human rights with IP monopoly rights see in particular Helfer (2003: 47).

<sup>5</sup> For the first reports produced by global institutions on the interaction between IP protection, FDI and technology transfers see OCDE (1989) and United Nations Department of Economic and Social Development (1993).

licensing, and joint ventures).<sup>6</sup>

Conversely, critical thinking argues that less burdensome mechanisms could alternatively obtain similar outcomes without incurring the social burdens inherent in modern patent systems. Numbers provided by the industry itself tend to bear this out. For example, the figure provided by Pharmaceutical Research and Manufacturers of America –PhRMA- (2011: 2) itself in its 2011 industry profile reached \$ 67.4 billion on Global R&D by all private companies in 2010. For that same year, the estimate on global sales by industry-friendly IMS Health Market Prognosis (2011) reached \$ 856 billion.

For the critics, in addition, access to affordable medicines in any given society has a significantly more positive impact on development in general than it has on securing high standards of pharmaceutical patent protection and enforcement. (Kremer, 1998: 1137-1167 and Love, 2003).<sup>7</sup>

Notwithstanding the dilemmas raised by the patent and health relationship, a variety of authoritative diagnostics reveal that a more nuanced balance between public health (rights of citizens/patients) and private property (rights of patent holders/corporations) is needed, particularly (but not exclusively) regarding access to affordable medicines in the developing world.<sup>8</sup>

## 2. Flexible rules

As Mancur Olson (1965) explains, small groups tend to be more adept than the general public at organising the ways in which they pursue their interests: their free rider problems and transaction costs are lower. In this sense, the drafting of TRIPS agreement was a trade diplomat driven-process permeated by industry interests from the developed world. As a result, developed countries over-protected the interest of their industries in this agreement.

Indeed, its very existence (and much of its substance) owes much to a group of global firms that guided the USTR strategy during the Uruguay Round negotiations with a generously staffed team of business advisors and IP experts.<sup>9</sup> In essence, the USTR acted as a proxy for the technology and pharmaceutical industry (through the US Advisory Committee on Trade and Policy Negotiation) and the EU representatives and other developed countries followed suit.<sup>10</sup>

The TRIPS agreement is to a great extent a global regulatory product of the corporate agenda (Drahos and Braithwaite, 2009). Its drafting was seriously and strongly influenced by a precisely circumscribed coalition of private technology exporters, namely, the twelve companies that originally founded the Intellectual Property Committee (IPC) in 1986 in order to mobilise support for the trade-related IP adventure. (Dutfield, 2003). In the bold words of Susan Sell (*Id.*: 96), twelve corporations made public law for the world.

---

<sup>6</sup> See Business and Industry Advisory Committee to the OECD (2004).

<sup>7</sup> For a comment on some of these proposals see Baker (2004).

<sup>8</sup> See in particular World Health Organisation - WHO (2006) and UK Commission on Intellectual Property Rights (2003).

<sup>9</sup> In the words of Sell (2003: 4): “it was not merely their relative economic power that led to their ultimate success, but their command on IP expertise, their ideas, their information, and their framing skills (translating complex issues into political discourse”.

<sup>10</sup> For an insightful business case study on the participation of Pfizer in the development of international trade law see Sontoro and Sharp Paine (1995).

The capacity of developing countries to influence outcomes was limited by the pressure of US unilateralism but also as a result of the scant exposure of some developing country negotiators to the arcane technicalities of western (read US) intellectual property (Drahos, *id.*: 13). Thus, the model of IP protection which originated in the developed world has been transplanted to the developing world through international law.<sup>11</sup>

Therefore, flexibility is seriously needed. The way the TRIPS agreement originally approached development was too simplistic, and based merely on transitional periods. The balancing of patent protection and health protection was envisioned as an issue to be approached by buying time, instead of adapting its rules to the changing levels of development of WTO Members (phase-ins) and linking its compliance to technology transfer. Transitional periods are unconditional by definition and thus merely cover phase-outs, granting developing countries some (limited) time to bring domestic legislation and practices into line.

Generally, WTO members had to implement the TRIPS Agreement at the end of the 1996–2000 transition period. In addition, an extra term was granted until 1 January 2005 in the area of pharmaceutical product patents for certain WTO Members. As a result, these members were allowed to delay product patent protection in areas not protected by their legal systems at the time that the TRIPS Agreement entered into force (TRIPS Article 65.4). These countries (less than twenty developing countries including India and Brazil) were required to accept patent applications from 1995 onwards (the so-called patent “mailbox”) until the pending patent applications began to be assessed in 2005.

Finally, a third transition period was granted covering patent protection of pharmaceuticals and exclusive marketing rights that provide Least Developed Countries (LDCs) with a longer phase-out to comply with TRIPS obligations. As a result, LDCs enjoyed a temporary waiver originally expiring on 1 January 2006 that has been further extended to 1 January 2016 through a Decision of TRIPS Council in 2002 (27 June 2002).<sup>12</sup>

However, transitional periods are inevitably incapable of regulating the complexities of pharmaceutical patent protection in the developing world. Consequently, almost from the very first day of its entry into force, WTO Members have been involved in a complex re-engineering process to adapt the TRIPS disciplines to the health realities of the developing world.<sup>13</sup>

In fact, in 2000, the problem became a public relations disaster for the new WTO, immediately following its first (and failed) Round of negotiations (the so-called Millennium Round, derailed in 1999) and prior to beginning a second attempt (the Doha Development Round, initiated in 2001 and still open).

In those days, health advocates and public health representatives managed to effectively question the state of affairs of pharmaceutical patent protection in the

<sup>11</sup> On this issue, see generally, Tully (2007).

<sup>12</sup> The Decision of the Council for TRIPS of 27 June 2002, extended the transitions period for least-developed countries under Article 66.1 an additional ten years for pharmaceutical products. The waiver was approved on 1 July 2002. See WTO - Council for TRIPS (2002).

<sup>13</sup> For a proposal on graduation of general substantive rules, based on recourse to economic factors, aiming to make WTO law more responsive to the needs of developing countries see Cottier (2006: 779-821), taking as a case of study the patenting pharmaceutical products.

developing world and blamed TRIPS rules in part for the difficulties that developing countries were facing in gaining access to affordable medicines.

With the WTO's legitimacy being questioned before a new negotiating round, finding a solution was considered an institutional priority by the WTO Secretariat and most WTO Members. The world trading system was under pressure on this highly sensitive issue but also had an opportunity to demonstrate its flexibility in the beginning of the Doha Development Round. (Gold and Morin, 2010: 563-587 and 578).

Thus, trade ministers concentrated on negotiating some collective (re)interpretations to extend the scope within TRIPS agreement for pursuing public health policies in developing countries. In this regard, the TRIPS Council had the complex task of developing a consensus-based formula (acceptable for 147 WTO Members) for reinterpreting TRIPS obligations on this issue (Ehlermann, 2005: 51-75 and 64). In essence, WTO Members entered into a complex re-regulatory learning process.

The sign of the times is clearly captured in the reaction of WTO Members, in April 2001, to the settlement of the highly publicised domestic lawsuit against the South African Medicines and Related Substances Control Amendment Act. Interestingly, the settlement of this lawsuit brought by the South African Pharmaceutical Industry Association and several affiliated companies merited an unprecedented welcome from the WTO Director-General himself.

The Press Release on this event actually refers to it as a proof of the flexible nature of WTO law (!): “the settlement *shows* that the WTO agreements, such as TRIPS, contain the necessary flexibility to meet the health needs of developing countries *and can be used as a basis for resolving difficult issues concerning access to essential drugs*” (WTO News, 2001a).

Arriving at a new legal balance with regard to health-related patent protection was not going to be easy. Here, the African Group, Brazil and India took the lead inside WTO corridors and meeting rooms, while social activists were effectively voicing the issue in the global media. The pressures of technology-exporting countries against any substantial policy change with regard to patents and health were critical. However, the anthrax cases in the United States, and the subsequent intention of the US administration to issue a compulsory license for Cipro (a Bayer antibiotic), secured some policy space and momentum to upgrade the legal *status quo*.

It was in June of 2001 that TRIPS Council had its first special meeting on access to medicines, requested by the African Group. It was also that same month that the US withdrew its WTO complaint against Brazil's pharmaceutical policies in order to convey a change in attitude and to suggest its willingness to adapt TRIPS rules to the health realities of the developing world (WTO – Dispute Settlements, 2001).

The rationalisation of TRIPS rules began in an intense 7-hour session of that special meeting, with interventions from over 40 delegations in June 2001.<sup>14</sup> In that

---

<sup>14</sup> See the working paper submitted by the African Group and 17 developing countries (WTO – Council Discussion on Access to Medicines, 2001).

session, WTO Members shared some initial interpretations built on the idea of TRIPS inner “flexibility”.

In the words of the WTO Director-General, TRIPS rules “strikes a carefully-negotiated balance” between providing IP protection and “the flexibility to ensure that treatment reach the world’s poorest and most vulnerable people”. Pursuant to this pragmatic legal narrative, the TRIPS Council “reinforced” the security that countries “can use” the available “flexibility” in TRIPS agreement. Furthermore, should any improvements be needed, as “nothing is perfect”, these improvements could be obtained during the Doha Round negotiations (WTO News, 2001b).

Access to medicines was onboard the WTO agenda in the Doha Ministerial Conference of Qatar, opening the so-called Doha “Development Round”. In fact, the Ministerial Declaration opening the Round had already stressed the importance of *implementing* and *interpreting* the TRIPS Agreement in a way that would support public health “by promoting both access to existing medicines and the creation of new medicines” (paragraph 17).

The first milestone in this process was the Doha Declaration on Public health and access to medicines, adopted by all WTO Members in November 2001. As the current WTO DG himself, Pascal Lamy, recalled at the 5<sup>th</sup> High-Level Symposium on Global Health Diplomacy, held in Geneva to mark the Declaration’s 10th anniversary (23 November 2011), this decade-old WTO Declaration has certainly reinforced health policy choices worldwide (WTO News, 2011).

The key idea underlying this historic instrument is formal recognition that the TRIPS agreement provides for some “flexibilities” that can be used by developing countries to extend state regulatory autonomy with regard to patent protection in the health policy area.

104

The flexibilities of TRIPS rules recognised in the 2001 Declaration are to be found and developed through the interpretative prism of the objectives and principles of the agreement:

- Article 7 (objectives): “The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and *in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.*”
- Article 8 (Principles): “[Members may adopt] measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest *in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development,* provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.”

Interestingly, Paragraph 5 of the 2001 Declaration itself expressly recalls how flexibility needs to be built upon those provisions: “*In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.*”

From a public policy angle, the Declaration determines that the TRIPS agreement “does not and should not prevent members *from taking measures to protect public health*” (Doha WTO Ministerial, 2001). In this regard, the agreement

"can and should be *interpreted* and *implemented* in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all" (paragraph 4). Its provisions also reaffirm the right of WTO Members to use, "for this purpose" and "to the full", those provisions providing with flexibility.

The legality of devices such as compulsory licensing of pharmaceutical generics is thus secured under the new flexibility rationale. The term "compulsory licensing" (CL) did not expressly appear as such in TRIPS agreement but as "other use without authorisation of the right holder" in the title of article 31. In any case, the right of governments to grant CL was made clearer in these terms than under article 5A of the Paris Convention.<sup>15</sup> However, some doubts were producing a chilling effect in pharmaceutical policy-making in developing countries.

Pursuant to the 2001 Declaration, the right to issue CL was reworded in broader terms to avoid any misinterpretation: "each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted" (paragraph 5.b).

In addition, general legal exceptions based on public health crises were also recognised: "each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent national emergency or other circumstances of extreme urgency" (paragraph 5.c).

In short, as it stands, the 2001 Doha Declaration facilitates pro-health readings of the TRIPS agreement and provides for major (TRIPS compatible) policy space. The Declaration has dramatically increased TRIPS flexibilities on several health patent-related issues. In fact, even well known IP critics such as James Love himself recognise its historical importance: "Basically, post Doha TRIPS is much different than Pre-Doha TRIPS" (Love, 2011).

"Flexibility" is certainly a powerful re-regulatory concept. Once it is generally recognised as a regulatory "valve" to administer a given treaty, creativity in the administration of that treaty may not only increase but rise dramatically. The real meaning of "TRIPS flexibility" is entirely dependent on the political will of those who can authoritatively interpret and waive TRIPS rules through WTO decision making-processes. However, it offers major policy space for pro-health approaches to TRIPS rules.

### **3. Regulatory fluxes**

The 2001 Doha Declaration explicitly confirms that WTO Members have the "right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds upon which such licenses are granted". However, the Declaration was unable to give solutions to other issues and mandated the TRIPS Council to make additional efforts in some areas.

One of those areas is the so-called "Paragraph 6 issue", which requires finding a solution to ensure the feasibility of importing generics under compulsory

---

<sup>15</sup> In the words of Reichman (2009: 248), such a right of governments to grant CL on virtually any ground (including public interest, abuse or anticompetitive conduct, or for noncommercial government use, among others) was incorporated in TRIPS agreement thanks to the fortitude and analytical skills of the Indian delegation. For a history of article 31 see also Gold and Lam (2003: 5-32).

licensing in developing countries with a lack of or insufficient pharmaceutical manufacturing capacity. The legal issue at stake was TRIPs article 31(f) determining that production under compulsory licensing must be “predominantly” for the domestic market.

TRIPs Article 31 (*Other use without authorisation of the right holder*) already grants WTO Members the right to override patents under certain conditions and thus allows ordering of generics from domestic producers. However, article 31(f) also establishes that “any such use shall be authorised predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorising such use”.

This wording prevented countries without pharmaceutical manufacturing capacity to import generics from countries where the patented pharmaceutical was produced. In addition, by using the expression “predominantly”, the export-oriented production was directly limited to an unspecified volume of production.

Most developing countries lack the resources to produce generics and are thus fully dependent on WTO law which allows those countries with production capacity to export them. As a result, the wording of the issue in Paragraph 6 of the 2001 Declaration was unequivocal and imperative in its terms: “to find an *expeditious solution* to this problem before the end of 2002”. The Doha Ministerial Conference (2001: par. 17) transferred this controversial question to its ongoing negotiating process.

Thus, within the corridors of the WTO, the issue of developing countries lacking pharmaceutical manufacturing capacity began to be considered in a different light. The ‘solution’ to the paragraph 6 issue was reached with the so-called “Motta text” (named after Perez Motta, the former Chairman of the TRIPS Council), after a previous proposal was blocked by the United States in December 2002.<sup>16</sup>

The WTO General Council (2003) finally managed to adopt a Decision on the implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on 30 August 2003. In the words of Supachai Panitchpakdi, Director-General of the WTO at that time, the “final piece of the jigsaw” had fallen into place with this Decision; proving “once and for all” that WTO “can handle humanitarian as well as trade concerns” (WTO News, 2003).

Adopted just before the Cancun Ministerial Conference, this instrument waives article 31(f) requiring that production under compulsory licensing must be “predominantly” for the domestic market for allowing the import of generics under compulsory licensing in cases of lack of pharmaceutical manufacturing capacity in the territory of WTO Members.<sup>17</sup>

In order to make this waiver operational, the Decision created a regulatory structure establishing a notification procedure for both importing and exporting countries planning to trade in generics: (1) notifications by importing WTO Members (notifications of intention to effect specific imports), (2) notifications by exporting WTO Members (notifications of intention to effect specific exports covered by the system) (WTO – TRIPS: TRIPS and Public Health ‘Paragraph 6’ System, 2005). This regulatory structure allows the import and export of generics on a case-by-case, drug-by-drug, country-by-country basis.

<sup>16</sup> For a comment see generally Abbott (2005: 317-358) and Matthews (2004: 73-107).

<sup>17</sup> In fact, former WTO Director, Supachai Panitchpakdi, described the Decision as ‘an historic agreement’ (WTO News, 2003).

The 2003 Decision, originally pre-negotiated by the United States, India, Brazil, South Africa and Kenya, helped WTO Members at the Cancun Ministerial Conference (September 2003) to keep the ongoing Doha negotiating process on track. Article 31(f) was not suitable to the social and economic realities of the developing world, and exporting-technology WTO Members were persuaded to waive and substitute it with an innovative new member-driven mechanism.

The solution strikes a complex balance between the requirements of potential importers (mainly in Africa, Asia and America), pressure from potential exporters of generics (such as India and Brazil) and the economic interests of the patent-holders from technology-exporting countries.

The 2003 Decision also establishes that WTO Members may notify the TRIPS Council of their intention not to use the system as an importing country or their intention to use it only in a limited way. Practically all OECD countries have issued notifications in this regard, under the pressure from their industries.

Thus, the instrument includes a list of developed countries who will formally refrain from importing generic medicines, as well as a list of countries that will commit to importing generic drugs only in cases of extreme urgency or national emergency.

In addition, the Decision is accompanied by a separate statement of the General Council chairperson ensuring that it would not provide a backdoor for commercial use of those generics by re-entering non-exempted markets. The statement expresses several “shared understandings” regarding the Decision and the way it has to be interpreted and implemented:

- (1) the system has to be used “in good faith”, undertaking not to pursue “industrial or commercial objectives”;
- (2) all reasonable measures should be taken to prevent market diversion (re-exports);
- (3) issues arising from the Decision have to be solved expeditiously and amicably and finally,
- (4) notifications should include information from the Member on the ways and means it has employed to conclude that there is insufficient manufacturing capacity in the sector.

The chairperson also attaches to his separate statement a shortlist of guidelines (selected “best practices” from producers) to reduce and minimise product diversion (anti-diversion measures) and thus to ensure market segmentation.<sup>18</sup>

Technically, the 2003 Decision is an interim *waiver* to be applied until the (unlikely) amendment of the article (WTO – TRIPS and Public Health, 2003): the wording of the provision expressly determines that it should last until the TRIPS agreement is amended. In this regard, the WTO General Council adopted a Protocol of Amendment on 2005, once TRIPS Council missed the deadline for agreeing on

---

<sup>18</sup> See WTO - General Council (2003). These schemes built on the previous experience of anti-diversion business practices by companies like Novartis, Merck, Pfizer and others, differentiating regular products from products supplied through discounted pricing or through donor policies.

the amendment<sup>19</sup>. The instrument, opened to acceptance by WTO Members before 1 December 2007, contains an elaborate article 31bis to be incorporated as an Annex to the TRIPS agreement if accepted by two thirds of WTO Members (General Council, 2005).

By the time this article was finished, only 45 WTO Members (WTO – Intellectual Property: TRIPS and Public Health, 2013) had already accepted the Amendment including the United States -17 December 2005- and the European Communities -20 November 2007- (Council of the European Union, 2007). The difficulties of ratification are explored with great clarity in the EU Parliament debates on this issue. (European Parliament, 2007: par. K.7)<sup>20</sup>

Taking into consideration these difficulties, an unlimited extension to the waiver was finally delivered by a new Decision of WTO Members in 21 December 2007: "The period [...] shall be extended until 31 December 2009 or such later date as may be decided by the Ministerial Conference" (WTO – General Council, 2007). In this regard, it is reasonable to argue that WTO Members are well aware that the Protocol of Amendment is unlikely to enter into force, at least not in the near future.

Last but not least, the amendment itself is overly cumbersome. African countries, with the support of Brazil and India, proposed an alternative less burdensome amendment but the US opposed it. After the failure of a subsequent "middle ground" solution proposed by EU members, the original text was adopted (Bradford and Lee, 2007: 3). Such a time-consuming and ineffective measure should certainly have been avoided, particularly because the amendment transforms the non-functioning 2003 Decision in treaty law, with all its (self-evident) long term legal implications.

#### 4. Legal "solutionism"

The 2003 Decision was created to constitute "an expeditious solution" for "WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector" who faced difficulties in "making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement". However, it is fair to say that it makes access to generics in developing countries far from clear.

In fact, there is only one successful compulsory licence under the 2003 Decision to date, involving a generics transaction between Rwanda -Notification of intent to import on 17 July 2007- (Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2007a) and Canada -Notification of intent to export on 4 October 2007- (Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2007b)<sup>21</sup> of 260000 packs of TRIAvir (an HIV/AIDS combination therapy), manufactured by Apotex Inc.

In addition, a failed transaction between India and Nepal was withdrawn in the very first stage of the paragraph 6 mechanism. In September 2007, an Indian

<sup>19</sup> For a complete legal study on the universe of available policy options to tackle this issue see Abbott (2002).

<sup>20</sup> See the study commissioned by its Committee on International Trade as well as *European Parliament Debates* CRE 11/07/2007–18 (7 july 2007) and PV 11/07/2007–18 (7 july 2007).

<sup>21</sup> The information on the shipment (quantities and distinguishing features) is posted on the licensee's website pursuant to paragraph 2(c) and 2(b)(iii) of the Decision of 30 August 2003. See also Apotex (2014), available on line at: <http://www.apotex.com/apotriavir/aboutriavir.asp> (Date of access: February 28, 2014).

generic manufacturer applied in India for a compulsory license for three medicines to be exported to Nepal but decided to withdraw the request in India as the Nepal authorities had not granted the compulsory licence to import the medicines, nor had the TRIPS Council been notified of its intention to import under the paragraph 6 mechanism.

Leaving aside the reasons why this transaction was aborted, it is easy to understand why developing countries are repeatedly calling for real-life experiences to be looked at in the Annual Reviews of the mechanism by the TRIPS Council.<sup>22</sup> However, developed countries are not particularly eager to admit that the mechanism is not functioning properly (and thus needs to be simplified). In consequence, developing countries are pushing in the area of determining facts: is the mechanism functioning or not?

Developed countries are acting like the emperor and his new clothes, and buying time in the meantime to negotiate TRIP+ bilateral treaties with key developing countries. It is hard to see how this will not lead to major tensions in the mid-term. It is noteworthy that the Annual Reviews of paragraph 6 mechanism already contain an agenda item with the illustrative title “Any alternatives to the use of Paragraph 6 System to achieve the objective of access to medicines.”

There are some explanations for the failure to use the 2003 Decision. To begin with, advance notifications to the TRIPS Council of the intention to use the procedure leave those developing countries willing to import generics under CL open to pre-emptive political pressures. Thus, a strong political barrier is effectively raised against weak developing countries at the outset.

109

But the Decision also erects a burdensome member-driven procedure. The very fact that it is member-driven is also one of the critical factors in its failure to function: generic companies are directly excluded from the possibility of using the mechanism to trade in generics, since any global transaction requires a dual authorisation (from both importing and exporting countries) for it to operate.

In short, the mechanism certainly suffers a paradoxical (WTO!) anti-market and anti-trade approach. In essence, the procedure regulated by the 2003 Decision compartmentalises transactions on a case-by-case, drug-by-drug and country-by-country basis through a dual compulsory licensing scheme (Abbott and Reichman, 2007: 921-987). As a result, notifications under this scheme require issues to be determined in advance, such as to whom will the license be extended, what volume, at what royalty rate, and on what grounds. Consequently, there is no automaticity but stronger procedural market segmentation. Thus, the attainment of the economies of scale required to stimulate generic production and competition are inhibited and by extension, so are the inner virtues of international trade.

Market-driven mechanisms are part of the solution, not the problem. In this regard, generics manufacturers are dependent on sufficiently large production to achieve economies of scale. In order to apply for an export-oriented compulsory licence (CL) under the current procedure, generics companies have to be convinced that making use of it will not only be economically viable but also beneficial.

In this sense, it is highly unlikely that the paragraph 6 mechanism will ever provide sufficient economic incentives for generic companies, since authorisations

---

<sup>22</sup> See i.e. WTO – Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (2011: par. 56).

are granted drug order by drug order and only upon request by the public authorities of another country.

There are also critical obstacles in place such as, to name just one key example, the condition to produce only the amounts needed to satisfy the requirements of licensees as notified to the TRIPS Council. As Abbott and Reichman (*id.*: 932) explain, the procedure is saddled with unnecessary administrative hurdles that make the export of generic versions of patented drugs neither simple nor expeditious.

The devil is certainly in the details. Notifications must specify the names and expected quantities of the product needed over a specific period of time, the royalty rate that will be paid, and outline the evidence for the lack of or insufficient manufacturing capacity.

It is also important to underline that article 31(h) requires that adequate remuneration be paid to the patent holder. However, the 2003 Decision states that it is the exporting country that is required to remunerate or compensate the patent holder.<sup>23</sup> Requiring the exporting country to compensate the patent holder is equal, in practice, to adding yet another obstacle.

Obviously, the governments of technology-exporting countries have no incentive to promote the export of generic products by their industries when they bear the burden of paying the fee. Certainly, alternative solutions could easily have been designed (Cahoy, 2007: 148-153).

For many, the procedure is designed to make it difficult for countries to issue compulsory licences and to hinder the functioning of domestic procedures. In the words of Stiglitz (2009: 365), “if [trade advocates] wanted developing countries to have access to essential drugs, they should have allowed automatic licences for all drugs except those that are not essential”. In this regard, the black letter law produces difficulties that could easily have been avoided by using an automaticity rule.

Last but not least, the ‘implementation game’ is also a difficult one (Deere, 2008). Potential exporting countries such as Canada, India, Norway, China and the European Union itself have already adopted legislation to implement the Decision in order to enable the production and export of generic medicines under compulsory licences (Hoen, 2009: 36-37). However, some of these domestic regulations have added further administrative requirements which could further hamper use of the Decision. Interestingly, while Canada’s Access to Medicines Regime (CAMR), passed in 2004, contains 200 articles, India’s implementing legislation consists of a scant 3 paragraphs (Kohler, 2008: 143-172 and 166).

CAMR was the first enabling legislation for the production and export of generic medicines under compulsory licences to developing countries lacking pharmaceutical manufacturing capacity (Elliot, 2006: 94-112). For many, CAMR is considered to be fraught with deficiencies and epitomises the flaws of the implementation game (Cotter, 2008: 177 and 185-186; Cohen-Kohler, Esmail and Perez Cosio, 2007: 12 and Hestermeyer, 2007). However, it is also true that it is the first and only successful compulsory licence under the 2003 Decision to date involving a generics transaction from Canada.

---

<sup>23</sup> For an analysis on remuneration and its problems see in particular Cahoy (2007: 131-192 and 150).

Developing and developed countries differ in their explanations for why the mechanism is not being used. Interestingly, this issue is so sensitive in social and political terms that Canadian representatives –Canada being the first and only country to export generics under 2003 Decision– have began to pro-actively intervene in international fora in order to give their version of what went wrong in their particular experience.

On 27 October 2010, for example, Canada delivered three interventions related to the review of the mechanism in the WTO TRIPS Council. For Canada, CAMR worked efficiently, effectively and in a timely fashion. The length of time needed to export to Rwanda was not caused by the paragraph 6 mechanism, but instead by other factors. Canada explained that the paragraph 6 mechanism is a member-driven process. As such, it only applies to instances where countries are seeking a generic version of the patented drug.

In this sense, once the eligible importing country (Rwanda) had notified the WTO of its intention to import under the mechanism, the CAMR process (starting with a request for voluntary licences and ending with the granting of a CL) was completed in just over two months. For Canada, in short, the delays incurred in Apotex's export of medicines to Rwanda were “separate” from CAMR.

In this regard, Canada recalled that it took 3.5 years for Apotex to develop the drug, identify a recipient country, secure a supply contract, manufacture the drug and export it. Thus, under this rationale, Canada underlines that it is not a company (Apotex) but rather a country (Rwanda) which is in practice required to use the mechanism in order for it to become operational.

111

Indeed, this is certainly the case. The major structural flaw of the mechanism is that its functioning depends on the political will of Member States. Alternatively, the 2003 Decision would have been more efficiently designed if the inner rationale of free trade promotion (instead of extra market segmentation and barriers to trade) would have been taken into consideration. This is to say, designing a pro-trade mechanism that takes advantage of the strong economic incentives of potential generics producers and distributors in this area.

The 2003 Decision is obviously not being used. As a result, alternative legal grounds are inevitably beginning to be considered by developing countries in order to avoid taking the path of the paragraph 6 mechanism and the related article 31 provision<sup>24</sup>. For many, article 30 (*exceptions to rights conferred*) still remains an alternative option with regard to compulsory licensing generally.<sup>25</sup>

Interestingly, Belgium adopted a new regulation in 2005 to grant compulsory licenses on legal grounds of TRIPS articles 8 and 30, which respectively allow “measures necessary to protect public health” and limited exceptions to the patentee’s exclusive rights (Debrulle, De Cort and Pettit, 2007: 159 and 163).

This is certainly a more effective policy approach, as limitations and exceptions to patent rights function as a critical lever for development. In fact, the issue is already under consideration in implementation measures of the (World

<sup>24</sup> The use of the exceptions clause of article 30 is not foreclosed by the 2003 Decision. See Garrison (2006).

<sup>25</sup> The restrictive interpretation of Article 30 by the panel in the *Canada-Generics* case is not relevant as it was adopted prior to 2001 Doha Declaration, which placed Article 30 in a new interpretative framework. See WTO – Dispute Settlement (2000).

Intellectual Property Organization (WIPO) Development Agenda. The WIPO Standing Committee on the Law of Patents (SCP) has been considering "Exceptions and Limitations to Patent Rights" as an agenda item since 2008. In June of that year, the SCP asked the WIPO Secretariat to establish preliminary studies on "exceptions from patentable subject matter and limitations to the rights, *inter alia* research exemption and compulsory licenses".

In 2010, Brazil proposed setting up a working programme in order to hold a wide-ranging and sustained debate on this issue with a view to drawing up a WIPO manual of exceptions and limitations. (WIPO – Standing Committee on the Law of Patents, 2010).

However, tensions are running high. For example, Delegates at the 18<sup>th</sup> session of the WIPO Standing Committee of the Law of Patents (SCP) between 21 and 25 of May 2012 were unable to reach agreement on the committee's future work programme, as a result of the strongly diverse opinions regarding work on agenda items such as patents and health, exceptions and limitations to patent rights, quality of patents and technology transfer.

Positions between Group B (industrialised countries) -particularly United States and EU- and developing countries were irreconcilable when a joint proposal on this future programme was tabled by the African Group and the Development Agenda Group.

In addition, recent US judicial practices regarding CL permanent injunctions are already being considered by developing countries as potential new alternatives for extending policy space with regard to export-oriented pharmaceutical CL.

In this regard, compulsory licences granted under Part III of the TRIPS (enforcement), and therefore those based on article 44 (injunctions), are subject to a different regime from that of the compulsory licences granted under the procedures of Part II (standards), as the former are not subject to the restrictions existing for article 30 and 31.

As a result, in the chessboard politics of global IP standards, the African Group/DAG made a strategic move in 2011 by requesting that the International Bureau of WIPO "organise a technical workshop on state practice involving the compulsory licensing of medical technologies, including the application of TRIPS Articles 30, 31 and 44" (WIPO- Standing Committee on the Law of Patents, 2011).

The balance between exclusivity (patent rights) and public interest is generally considered to be provided through the subtle interplay of articles 30 and 31. Thus, it is through this interplay that TRIPS-consistent policy options are conventionally defined nowadays, as article 30 details substantive criteria for exceptions to exclusivity, and article 31 contains a list of procedural requirements to limit that exclusivity. However, article 44 also potentially provides further flexibility with regard to permanent injunctions.

In fact, some US cases regarding CL injunctions with export-oriented elements are already being tracked by developing countries as a result of a landmark US Supreme Court judgment on CL in 2006: *eBay Inc. v. MercExchange*. In this high-profile case, in which MercExchange alleged that eBay had violated its patents and requested that the Court grant a permanent injunction, the Supreme Court held

that the plaintiff had to satisfy a four-factor test based on equity before a court could issue a permanent injunction in respect of compulsory licences.

For the court, this four-factor test for permanent injunctions is necessary on the grounds of principles of equity, namely criteria such as (1) having suffered an irreparable injury, (2) inadequate legal remedies (i.e.: compensation) being unable to compensate the injury, (3) balancing the “hardships between the plaintiff and defendant”, and (4) not disserving the public interest. Following this judgment on the issuance of compulsory licences, there have been several such cases in the United States (Mace, 2009: 233-266 and Cotropia, 2008: 557-583).

Thus, for example, in the case of *Edwards Lifesciences v. CoreValve* in 2011, a compulsory licence was granted in the US for manufacturing an export-oriented medical device to treat aortic valve stenosis, without being affected by the restrictions of TRIPS article 31 on exports under a compulsory licence and the paragraph 6 mechanism.

The African Group/DAG, and particularly India, are already benchmarking those judicial experiences in order to obtain further policy space for their export-oriented generic industries outside the procedures of the paragraph 6 mechanism (WTO – Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2012: par. 221-223).

Such a policy approach is probably more useful for health policy formation than focusing on article 31(f) and the unpromising paragraph 6 mechanism. It is reasonable to argue that, since TRIPS agreement entered into force, enough time and efforts have been dedicated to article 31(f) by developing country health and trade officials, NGOs and A2K advocates. Any cost-effect analysis would suggest finding a more simple and automatic procedure to avoid the ongoing and exhausting allocation of resources to the multiple (global and domestic) battles related to this issue.

The high transaction cost involved in the paragraph 6 mechanism is clearly described by Sell (2009: 87): “even when single battles are won with regard to a specific medicine needed by any given country, the whole process must then be wound up and started over again for the next drug in the next country, with all the legal, economic, and political costs to be repeated”. The resulting “patchwork quilt of territorial measures and countermeasures”, as she recalls, increases the transaction costs of all the stakeholders while not appreciably stabilising access to essential medicines for citizens in poor countries as a whole.

Political science literature offers some interesting insights on why the ‘solution’ contained in the 2003 Decision was made. For Gold and Morin (2009), for example, NGOs and developing countries became trapped in consensus-seeking rhetoric, making it preferable for all parties involved to agree on adopting a flawed mechanism, and thus save face in a particular momentum. In this regard, the Decision certainly provided for a ‘media-visible solution’ of a highly ‘symbolic issue’ (Hudec, 1996:9-15).

According to their narrative, the process of rhetorical action led to adopting an *unworking agreement* in the sense of an arrangement made of ‘sham standards’, “permitting a claim to the *de jure* existence of a mechanism and relieving pressures for the continuation of the debate as previously framed”. Thus, the authors sum up why the whole process went wrong in the following vein: “[w]hen consensus-seeking,

mistrust, and rhetorical action are combined, when actors are unwilling to suffer reputations costs and unprepared to trust each other, only an unworking agreement having the appearance of consensus can free them from their collective entrapment” (Gold and Morin, 2009: 563-587 and 580).

Certainly, by rendering the 2003 Decision unworkable, technology-exporting countries and their industries obtained a public relations (PR) success without the need to incur the foreseeable reputational losses associated with insisting on restricting, for example, its coverage to a limited number of products and/or diseases. For Hoen (*id.*: 36-37 and 38), according to this line of reasoning, the Decision is a textbook example of a compromise with little practical use: “at the end of the day, the objective was to reach an agreement –any agreement– without regard to the effectiveness of the compromise”.

The WHO Commission on Intellectual Property, Innovation and Public Health – CIPIH (2006: 120) had already predicted these problems and in fact recommended that the effectiveness of the Decision needed to be kept under review “and appropriate changes considered to achieve a *workable solution*, if necessary”.

Interestingly, generic producers kept a very low profile during the 2003 Decision negotiations. Shadlen (2007: 576-577) sheds some light on this issue, as her interviewees working with the generics industry explained their preference for dedicating efforts to other policy issues, as they considered the whole procedure to be a predictable failure.

For Pugatch (2006: 257-274 and 270-271), the 2003 Decision closed the door on further contention over the legitimacy of the TRIPS agreement. In his words, IP owners had learned the lesson of PR mistakes with regard to access to medicines in the past,<sup>26</sup> and thus adopted a proactive, rather than defensive, strategy: for the industry, it was politically necessary to conclude negotiations in a manner that would be perceived as beneficial to least developed countries. On the other hand, by signing the 2003 Decision, developing countries were essentially declaring that TRIPs rules “no longer obstruct efforts to promote public health.”

To summarise, the 2003 Decision is not functioning enough efficiently to facilitate access to generic medicines in developing countries lacking pharmaceutical capacity. Some argue that the paragraph 6 mechanism is equally effective when used as when it is not being used, since it functions both as a deterrent (threat of compulsory licensing) and a negotiating chip (promotion of voluntary licensing) with regard to licences. However, such a conclusion is at best questionable, as the legal departments and lawyers of global pharmaceutical companies are well aware of the scant use of this mechanism.

Consequently, it is reasonable to consider that it is generally the post-Doha TRIPS scenario, and particularly the 2001 Doha Declaration (not the 2003 Decision), that has critically transformed the original *status quo*, in which developing countries and pharmaceutical companies now negotiate their deals.

---

<sup>26</sup> Particularly, the legal challenge (February 1998) in the running up to the Doha WTO Ministerial Conference by 39 drug companies against the government of South Africa, alleging that the Medicines and Related Substances Control Amendment Act of 1997 violated TRIPS and the South African Constitution.

In this sense, it is generally recognised that the 2001 Declaration has critically promoted the negotiation of voluntary licences between patent holding companies and their generic manufacturing counterparts under both the threat (by generic companies) of a request for a compulsory licence or (by public authorities) of the issuance of a compulsory license (Reichman and Hasenzahl, 2003).

In addition, the 2001 Declaration as well as the WTO general discourse on TRIPS flexibilities are also being used by health authorities in developing countries as leverage in their price negotiations *vis à vis* pharmaceutical patent holders. In practice, the Declaration is functioning as a bargaining chip for governments to alternatively negotiate brand-name price reductions subject to issue of a compulsory license.

For some experts, the use of compulsory licensing is limited. Certainly, as Attaran (2003: 743-780) recalls, no generic medicines, or practically none, have been manufactured this way in the 90s, in fact only a single (and powerful) middle-income developing country, Brazil, succeeded in doing so. However, things are gradually changing. Beneath the surface, in the words of Reichman (*id.*: 249-250), health Ministries quietly began to use the threat of compulsory licences to rein in the prices of selected medicines, particularly AIDS drugs. As these negotiated deals are often kept secret, the surface calm appears more assured than it really is.

Interestingly, an authoritative case study on the use of TRIPS flexibilities, for the treatment of AIDS between 2004 and 2008, documented 65 formal statements by developing countries authorising the procurement, import and use of generic medicines (Hoen, *id.*: 59-60). In addition, as Hoen et alia (2011: 15) recall in a later study, 26 out of 32 LDCs authorised generics imports with express reference to paragraph 7 of the 2001 Declaration (delaying the granting and enforcing of patents on medicines until 2016).

Therefore, it is reasonable to conclude that the 2001 Declaration, as well as the institutional discourse on flexibilities, has been of great use for the reinforcement of both the legality and legitimacy of public health policies based on measures such as CL on pharmaceuticals. The health ministry from Brazil, for example, has been among the most successful in using compulsory licensing threats to obtain major concessions by brand-name companies.

In short, governments are making companies negotiate price reductions under the threat of issuing a CL but also generic companies are directly negotiating voluntary licences with patent-holding companies under the threat of requesting a CL. These negotiations are being pursued without the need to use the paragraph 6 mechanism.

However, it is important to underline that not all developing countries could obtain similar success by pursuing these strategies. Inevitably, as the procedure of 2003 Decision to import generics under CL is not delivering, CL threats by developing countries are only credible when they are backed by a burgeoning local generics industry (read China, India and Brazil).

Finally, as Benvenisti and Downs (2004) suggest, price breaks under CL threats should be considered more as isolated victories, materially important in the short term but "institutionally irrelevant in the long term". In this sense, the only real victory is the availability of cheap quality drugs in developing countries as a result of a thriving global generics market pushing prices down globally; and the procedure

contained in the 2003 Decision is certainly not providing such result. In consequence, we see policy solutionism (failure to fully analyze a problem before offering a policy to solve it),<sup>27</sup> at best.

## 5. Lost in translation

Fortunately, the 2003 Decision is not the only road to facilitating access to medicines in the developing world. The TRIPS agreement permits major flexibilities to balance public health and private monopoly rights (patents) other than importing generics under CL by developing countries lacking pharmaceutical production capacity.

In this regard, WTO Members are allowed to adopt complementary measures that may facilitate access to medicines, as set out in articles 7 and 8 of the agreement, and explicitly recognised by the health-related WTO Declarations and Decisions.<sup>28</sup> In summary, as Anand Grover, the Special UN Rapporteur on the right to health (2009) recommends, developing countries may adopt a variety of measures to make full use of TRIPS flexibilities:

- Adoption of the principle of international exhaustion and provision for parallel importation with simplified procedures.
- Application of pro-competition measures to prevent the abuse of the patent system with regard to access to medicines.
- Incorporating all possible grounds upon which compulsory licences may be issued.
- Providing straightforward, transparent procedures for rapid issue of compulsory licences.
- Incorporating both Bolar (early working) and research, experimental and educational exceptions.
- Establishing liberal pre-grant, post-grant opposition and revocation procedures, etc.

116

The existence of enabling legislation, as mentioned above, is critical in this respect. Suitable legal provisions should be enacted beforehand in order to use these and other TRIPs flexibilities in domestic law and policies. As WTO rules and acts are not self-executing, it is essential that adequate provisions be enacted in domestic laws in order to enable developing countries to make use of flexibilities.

However, as Musungu recalls, the major problems here are a “widespread lack of clarity about the options available, coupled with the lack of local legal and technical expertise for incorporating and implementing TRIPS flexibilities in national law and policy”<sup>29</sup>.

With regard to CL in particular, for example, it is crucial to establish straightforward, simple and clear decision-making processes as well as domestic provisions which will avoid its suspension as a result of an appeal by the patent

---

<sup>27</sup> See Anonymous (2013: 2). From the solutionism trend in the technological area see Morozov (2013).

<sup>28</sup> See generally Correa (2010).

<sup>29</sup> See Musungu and Oh (2005: 119-120).

holder.<sup>30</sup> In addition, domestic royalty rates are also an issue of concern as there are no general binding rules on the matter.

Voluntary licence rates generally set royalty rates from 4 to 5 percent (Maynard and Rimmington (2009: 323-350). In turn, the WHO-UNDP Remuneration Guidelines for Non-Voluntary Use of a Patent on Medical Technologies (Love, 2005) suggest royalties from 0 to 6 percent of the price charged by the generic competitor. In practice, this lack of clear-cut recommendations results in developing countries authorising CL with rather different royalty rates nowadays.

Precise legal criteria on this issue would be of major importance. Predictability in setting the remuneration or compensation required by Article 31(h) is an imperative for improved functioning of generic markets.

Developing countries have to adopt adequate legislation for making the most of TRIPS flexibilities. This is particularly relevant for export-oriented generics producers. In this regard, it is useful to recall that, before 1995, developing countries with exporting generics manufacturers such as India, Brazil, South Africa, Singapore and China engaged in a robust trade in generics.

Thus, many ‘pre-TRIPS’ drugs entered the market in generics-manufacturing countries, and are still produced and exported as generics (Hoen, *id.*: 36-37). As a direct result, many developing countries are nowadays importing generic medicines from these export-oriented producers.

However, new developed drugs are likely to be patented in multiple jurisdictions today and to be subject to at least 20 years of patent protection in all WTO Members but LDCs (until 2016). Obviously, the rationale of patent protection requires granting patent holders exclusive rights to produce and sell their products and thus, inevitably, restrict global trade in generics for those newly discovered medicines.<sup>31</sup>

In consequence, as transitional periods are ending, the sources of new generics from these export-oriented producers are in danger of drying up, and thus limiting the pipeline of generic drugs for developing countries (Correa, 2004).

Technology-exporting countries and brand-name pharmaceutical industries tend to concentrate their pressure on IP infringement in emerging economies and middle-income developing countries. In this regard, not only their potential shares of the pharmaceutical market, but also their capacity to export generics, make these countries global targets for patent enforcement (bilateral TRIPs+ treaties, etc).<sup>32</sup>

However, strong patent protection for new pharmaceuticals in these countries risks adversely affecting the sources of export-oriented generic production. If these sources are impaired, not only will emerging economies and middle-income developing countries have less generics suppliers for both old and new medicines, but also so will LDCs in general (Hoen, *id.*: 62).

<sup>30</sup> In addition, when compensation is appealed, it would also be useful to place the onus on patent holders to disclose the economic data to justify claims of inadequate royalty rate in order to discourage unjustified claims from patent holders. See Musungu and Oh (*id.*: 67).

<sup>31</sup> See generally, Scherer and Watal (2001) and Mrazek (2002: 43-50).

<sup>32</sup> Although these economies only represent today approx 5% of the global pharmaceutical market, the opportunity to increase pharmaceutical sales in emerging economies is rising fast as the size of their markets is growing. The GDP of the so-called E7 emerging economies (China, India, Russia, Brazil, Mexico, Indonesia, Turkey) is expected to triple by 2020, compared to only a 40% increase in the G7 countries (Price Waterhouse Coopers, 2007:3).

Therefore, alternatives have to be seriously considered. One of the most interesting new ideas under the current legal *statu quo* was recently put forward by Jerome Reichman (UNCTAD last October) by suggesting the creation of loose trade agreements between developing countries (as long as they involve at least an LDC) to establish a regional pharmaceutical supply centre in one LDC member country (exempted from patent protections until 2016) and to re-export generics drugs imported under double compulsory licenses throughout the entire group of Members.

Importing and re-exporting generics among participants is not possible but pooled procurement with separate deliveries, by developing country, would certainly be an option. Pooling several CL under such a scheme could probably give producers sufficient scale to justify the investment in producing generics for export to these countries and even setting up production in one of these countries.

This initiative could also be an opportunity to help developing countries build regional manufacturing capacity and thus satisfy the technology transfer provision of TRIPS agreement. In this regard, ministers could offer incentives to patent holders to set up a regional factory, supervise production quality, and supply the member states from that facility. If the patent holder declined the offer, generic exporting countries such as India, Brazil or China could be approached.

The scheme would also amplify the bargaining power *vis à vis* the industry, as it would allow health ministers, acting jointly, to hold their bundle of compulsory licenses and go to the original patent holder and offer the possibility of supplying the entire regional market, if the required drugs were offered at affordable prices. Taking this road instead of issuing individual CL also cancels out the risks of playing alone against the global pharmaceutical lobby.

118

Under this pooled scheme, it would be more difficult to threaten a developing country successfully with domestic lawsuits. In addition, developing countries could in any case, also pool the costs of defending themselves.

Notwithstanding anything to the contrary, the *statu quo* is not an option. In this regard, the measures taken so far in the 2003 Decision are not proving sufficiently effective to facilitate pro-health pharmaceutical policies for improving access to medicines in the developing world.

WTO Members have been involved in an open re-regulatory process in the health area since the Doha Declaration (2001). However, regulatory structures such as the 2003 Decision are at odds with the inner functioning and rationale of the multilateral trading system.

Alternatively, (TRIPS-compatible) market-driven solutions need to be explored, and ensuring global generic competition is one such solution. In this respect, the multilateral trading system could make a better contribution by leaving aside bureaucratic controls and market segmentation and concentrating on what it does best, namely, promoting market formation on a global scale.

## Bibliographical References

- ABBOTT, F. (2005), "The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health", *American Journal of International Law* 2, Vol. 99, N°. 2, pp. 317-358.

- ABBOTT, F. and REICHMAN, J. (2007), "The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the production and diffusion of patented medicines under the amended TRIPs provisions", *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Nº. 4, pp. 921–987.
- ABBOTT, F.M. (1989), "Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nº. 22, pp. 689-745.
- ABBOTT, F.M. (2002), *Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on public health*, Quaker United Nations Office, Paper Nº. 9. Available on-line at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1977304](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1977304) (Date of access: February 28, 2014).
- ABBOTT, F.M. (2005), "Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPS and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism", *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, Nº.1, pp. 77-100.
- ANONYMOUS (2013), "WordBuzz: Solutionism", *The Futurist*, Vol. 47, Nº. 2. Available on-line at: <http://www.wfs.org/futurist/2013-issues-futurist/march-april-2013-vol-47-no-2/wordbuzz-solutionism> (Date of access: February 28, 2014).
- ATTARAN, A. (2003), "Assessing and Answering Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: the Case for Greater Flexibility and a Non-Justiciability Solution", *Emory International Law Review*, Vol. 17, pp. 743–780.
- BAKER, D. (2004), *Financing Drug Research: What Are the Issues?*, Center for Economic and Policy Research, Washington.
- BENVENISTI, E. and DOWNS, G.W. (2004), "Distributive Politics and International Institutions: The Case of Drugs", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Nº. 36, pp. 21-52.
- BRADFORD, V. and LEE, K. (2007), "TRIPS, the Doha declaration and paragraph 6 decision: what are the remaining steps for protecting access to medicines?" *Globalization and Health*, Vol. 3. Available on-line at: <http://www.globalizationandhealth.com/content/pdf/1744-8603-3-3.pdf> (Date of access: February 28, 2014).
- BRADLEY, J.A. (1987), "Intellectual Property Rights, Investment, and Trade in Services in the Uruguay Round: Laying the Foundations", *Stanford Journal of International Law*, Nº. 23, p. 57-87.
- BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE TO THE OECD (2004), *Creativity, Innovation and Economic Growth in the 21<sup>st</sup> Century: An Affirmative Case of Intellectual Property Rights*, BIAC, Paris.
- CAHOY, D.R. (2007), "Confronting Myths and Myopia on the Road from Doha", *Georgia Law Review*, Vol. 42, pp. 131-192.
- COHEN-KOHLER, J-C., ESMAIL, L.-C. and PEREZ COSIO, A. (2007), "Canada's implementation of the Paragraph 6 Decision: is it sustainable public policy?", *Globalization and Health*, Vol. 3. Available on-line at: <http://www.globalizationandhealth.com/content/pdf/1744-8603-3-12.pdf> (Date of access: February 28, 2014).
- COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2002), *Integrating intellectual property rights and development policy*. Commission on Intellectual Property Rights, London. Available on-line at: [http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final\\_report/ciprfullfinal.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/ciprfullfinal.pdf) (Date of access: February 28, 2014).
- CORREA, C. and YUSUF, A.A. (1998), *Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement*, Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn.
- CORREA, C.M. (2010), "Intellectual property rights and public health: the general context and main TRIPs compliant flexibilities", *Intellectual property and access to medicines: papers and perspectives*, World Health Organization- Regional Office for South-East Asia, New Dehli.
- COTROPIA, Ch.A. (2008), "Compulsory Licensing Under TRIPS and the Supreme Court of the United States' Decision in *eBay v. MercExchange*", in TAKENADA,

- T. (ed.), *Comparative Patent Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton.
- COTTER, C. (2008), "The Implications of Rwanda's Paragraph 6 Agreement with Canada for Other Developing Countries", *Loyola University of Chicago International Law Review*, Vol. 5, Nº. 2, pp.177-189.
- COTTIER, T. (2006), "From progressive liberalization to progressive regulation in WTO law", *Journal of International Economic Law*, Nº. 9, pp. 779–821.
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2007), *Instrument of Acceptance*, SGS7/166652, Brussels.
- DEBRULLE, J., DE CORT, L. and PETIT, M. (2007), "La license obligatoire belge pour raison de santé publique", in VAN OVERWALLE, G. (ed.), *Gene Patents and Public Health*, Bruylant, Brussels.
- DEERE, C. (2008), *The Implementation Game: The TRIPs Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, Oxford.
- DOHA WTO MINISTERIAL (2001), *Declaration on the TRIPs Agreements and Public Health*, WT/MIN(01)/Dec/2. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/the WTO\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](http://www.wto.org/english/the WTO_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).
- DRAHOS, P. (2001), "Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting", *Study Paper 008 of the UK Commission on Intellectual Property Rights*. Available on-line at: [http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study\\_papers/sp8\\_drahos\\_study.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp8_drahos_study.pdf) (Date of access: February 28, 2014).
- DRAHOS, P. and BRAITHWAITE, J. (2000), *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DRAHOS, P. and BRAITHWAITE, J. (2002), *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge*, Earthscan, London.
- DUTFIELD, G. (2003), *Intellectual Property Rights and the life science industries: A Twentieth Century History*, Ashgate, Aldershot.
- EHLERMANN C.D and EHRING. L. (2005), "Decision-making in the world trade organization", *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, Nº. 1, pp. 51–75.
- ELLIOT, R. (2006), "Pledges and pitfalls: Canada's legislation on compulsory licensing of pharmaceutical for export", *International Journal of Intellectual Property Management*, Vol.1, pp. 94-112.
- EUROPEAN PARLIAMENT (2007), *European Parliament resolution of 12 July 2007 on the TRIPS Agreement and access to medicines*, B6-0288/2007. Available on-line at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=/EP/TEXT+TA+P6-TA-2007-0353+0+DOC+XML+V0//EN> (Date of access: February 28, 2014).
- GARRISON, C. (2006), *Exceptions to Patent Rights in Developing Countries*, UNCTAD-ICTSD, Geneva.
- GOLD, E.R., MORIN, J.-F. (2009), "Consensus-seeking, distrust and rhetorical entrapment: The WTO decision on access to medicines", *European Journal of International Relations*, Vol. 16, Nº. 4, pp. 563–587.
- GOLD, R and LAM, D.K. (2003), "Balancing Trade in Patents: public non-commercial use and compulsory licensing", *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 6. Nº. 1, pp. 5-32.
- HELFER, L. (2003), "Human Rights and Intellectual Property Rights: Conflict or Co-existence?", *Minnesota Intellectual Property Review*, Nº. 5, pp. 47-61.
- HESTERMEYER, H.P. (2007) "Canadian-made Drugs for Rwanda: The First Application of the WTO Waiver on Patents and Medicines", *ASIL Insight*, Vol. 11, Nº. 28. Available on-line at: <http://www.asil.org/insights/volume/11/issue/28/canadian-made-drugs-rwanda-first-application-wto-waiver-patents-and> (Date of access: February 28, 2014).

- HOEN, E. (2009), *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power: Drug patents, access, innovation and the application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health*, AMB Publishers, Diemen.
- HOEN, E., BERGER, J., CALMY, A. and MOON, S. (2011), "Driving a decade of change: HIV/AIDS, patents and access to medicines for all", *Journal of International AIDS society*, Vol.14. Available on-line at: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3078828/> (Date of access: February 28, 2014).
- HUDEC, R. (1996), "International Economic Law: the political theater dimension", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 17, pp. 9-15.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL (2009), *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, Anand Grover, A/HRC/11/12. Available on-line at: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.12\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.12_en.pdf) (Date of access: February 28, 2014).
- IMS HEALTH MARKET PROGNOSIS (2011), *Total Unaudited and Audited Global Pharmaceutical Market: 2003–2010*. Available on-line at: <http://www.imshealth.com/deployedfiles/imshealth/Global/Content/StaticFile/Top-Line Data/Total Market 2003-2010.pdf> (Date of access: February 28, 2014).
- KREMER, M. (1998), "Patent Buyouts: A Mechanism for Encouraging Innovation", *Quarterly Journal of Economics*, Nº. 113, pp. 1137-1167.
- LOVE, J. (2003), *From TRIPS to RIPS: A Better Trade Framework to Support Innovation in Medical Technologies*, Paper presented at Agence Nationale de Recherches sur le Sida, University of the Mediterranean, Marseille.
- LOVE, J. (2005), *Remuneration Guidelines for Non-Voluntary Use of a Patent on Medical Technologies*, WHO-UNDP, Washington.
- LOVE, J. (2011), "What the 2001 Doha Declaration Changed", *Knowledge Ecology International*. Available on-line at: <http://keionline.org/node/1267> (Date of access: February 28, 2014).
- MACE, A. (2009), "TRIPS, EBay, and denials of Injunctive Relief: is article 31 compliance everything?", *The Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. 10, pp. 233-266.
- MATTHEWS, D. (2004), "WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPS Agreement and Public Health: A Solution to the Access to essential medicines problem?", *Journal of International Economic Law*, Nº. 7, pp. 73-107.
- MAYHARDUK, P. and RIMMINGTON, S. (2009), "Compulsory Licenses: A tool to improve global access to the HPV vaccine", *American Journal of Law and Medicine*, Vol. 35, Nº. 2-3, pp. 323-350.
- MOROZOV, E. (2013), *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, Public Affairs, New York.
- MUSUNGU, S. and OH, C. (2005), *The use of flexibilities in TRIPs by Developing Countries: Can they promote access to medicines?*, World Health Organization, Available on-line at: <http://www.who.int/intellectualproperty/studies/TRIPSFLEXI.pdf?ua=1> (Date of access: February 28, 2014).
- NG, E. and KOHLER, J.C. (2008), "Finding flaws: the limitations of compulsory licensing for improving access to medicines-An international comparison", *Health Law Journal*, Vol. 16, pp.143-172.
- OKEDIJI, R. (2003), "Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement", *Emory International Law Review*, Nº. 17, pp. 819-918.
- OLSON, M. (1965), *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, Cambridge.

- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (1989), *Economic Arguments for Protecting Intellectual Property Effectively*, OCDE, Paris.
- PHARMACEUTICAL RESEARCH AND MANUFACTURERS OF AMERICA (2011), *PhRMA industry profile 2011*. Available on-line at: <http://www.phrma-ip.org/archives/pdf/profile/PhRMA%20Profile%202011%20FINAL.pdf> (Date of access: February 28, 2014).
- PRICE WATERHOUSE COOPER (2007), *Pharma 2020: The vision, Which path will you take?*, PwC, Pennsylvania.
- PUGATCH, M.P. (2006), "Political economy of intellectual property policy-making — an observation from a realistic (and slightly cynical) perspective" *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 7, Nº. 2, pp. 257–274.
- REICHMAN, J. (2009), "Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 37, Nº 2, pp. 247-263.
- REICHMAN, J.H. and HASENZAHL, C. (2003), *Non-voluntary Licensing of Patented Inventions*, UNCTAD-ICTSD, Geneva.
- RYAN, M. (1998), "The Function-Specific and Linkage-Bargain Diplomacy of International Intellectual Property Lawmaking", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Nº. 19, pp. 558-559.
- RYAN, M. (1998), *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Brookings Institution Press, Washington.
- SELL, S.K. (2003), *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SELL, S.K. (2009), "From Forum-Shifters to Shape-Shifters: Rulemaking and Enforcement in Intellectual Property", International Studies Association Meeting, New York. Available on-line at: [http://citation.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/3/1/0/4/2/pages310424/p310424-1.php](http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/1/0/4/2/pages310424/p310424-1.php) (Date of access: February 28, 2014).
- SHADLEN, K.C. (2007), "The political economy of AIDS treatment: Intellectual property and the transformation of generic supply", *International Studies Quarterly*, Vol. 51, Nº. 3, pp. 559–581.
- SONTORO, M.A. and SHARP PAIN, L. (1995), *Pfizer: Global Protection of Intellectual Property*, Harvard Business School Case, study No. 9-392-073.
- STEPHAN, P. (2002), "Institutions and Elites: Property, Contract, the State, and Rights in Information in the Global Economy", *Cardozo Journal of International Law and Comparative Law*, Nº. 10, pp. 305-306.
- STIGLITZ, J. (2009), "Trade agreements and health in developing countries", *The Lancet*, Vol. 373, Nº. 9661, pp. 363-365.
- TULLY, S. (2007), *Corporations and International lawmaking*, Martinus Nijhoff, Leiden.
- UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT (1993), *Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment*, Un DESA, New York.
- WATAL, K. (2001), *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing countries*, Oxford University Press, Oxford.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2006), *Public Health, Innovation and Intellectual Property Rights: Final Report of the WHO Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health*, WHO, Geneva.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO (2010), *Proposal from Brazil, Standing Committee on the Law of Patents*, SCP/14/7. Available on-line at: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp\\_16/scp\\_16\\_ref\\_scp\\_14\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_16/scp_16_ref_scp_14_7.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO (2011), *Proposal submitted by the Delegation of South Africa on behalf of the African Group and the Development Agenda Group*, SCP/16/7. Available on-line at: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp\\_16/scp\\_16\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_16/scp_16_7.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WTO - COUNCIL FOR TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2007a), *Notification under paragraph 2(a) of the Decision of 30 August 2003 – Rwanda*, IP/N/9/RWA/1. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/ta\\_docs\\_e/3\\_ipn9rwa1\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/3_ipn9rwa1_e.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WTO - COUNCIL FOR TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2007b), *Notification under Paragraph 2(c) of the Decision of 30 August 2003 – Canada*, IP/N/10/CAN/1. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/ta\\_docs\\_e/3\\_ipn9rwa1\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/3_ipn9rwa1_e.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WTO - COUNCIL FOR TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2011), *Annual Review of the Decision on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, Report to the General Council*, IP/C/61. Available on-line at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=%22IP/C/61%22+OR+%22IP/C/61/\\*%22&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&AutoSummary=&FullText=&FullTextForm=&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE\\_S\\_S001&ActiveTabIndex=0&&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=%22IP/C/61%22+OR+%22IP/C/61/*%22&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&AutoSummary=&FullText=&FullTextForm=&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE_S_S001&ActiveTabIndex=0&&languageUIChanged=true#) (Date of access: February 28, 2014).

WTO - COUNCIL FOR TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2012), *Minutes of meeting*, IP/C/M/67. Available on-line at:

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=%22IP/C/M/67%22+OR+%22IP/C/M/67/\\*%22&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&AutoSummary=&FullText=&FullTextForm=&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE\\_S\\_S001&ActiveTabIndex=0&&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=%22IP/C/M/67%22+OR+%22IP/C/M/67/*%22&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&AutoSummary=&FullText=&FullTextForm=&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE_S_S001&ActiveTabIndex=0&&languageUIChanged=true#) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – COUNCIL FOR TRIPS (2002), *Extension of the Transition Period under Article 66.1 of the TRIPS Agreement for Least-Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products*, IP/C/25. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art66\\_1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art66_1_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – DISPUTE SETTLEMENT (2000), *Canada—Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R. Available on-line at: [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/7428d.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – GENERAL COUNCIL (2003), *General Council Chairperson's Statement*, WT/GC/M/82. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/gc\\_stat\\_30aug03\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/gc_stat_30aug03_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – GENERAL COUNCIL (2003), *Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health*, WT/L/540.

WTO – GENERAL COUNCIL (2005), *Amendment of the TRIPS Agreement*, WT/L/641, Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/ta\\_docs\\_e/3\\_wtl641\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/3_wtl641_e.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – GENERAL COUNCIL (2007), *Amendment of the TRIPS Agreement- Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement*, WT/L/711. Available on-line at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=%22WT/L/711%22+OR+%22WT/L/711/\\*%22&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&AutoSummary=&FullText=&FullTextForm=&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE\\_S\\_S001&ActiveTabIndex=0&&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=%22WT/L/711%22+OR+%22WT/L/711/*%22&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATTITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&AutoSummary=&FullText=&FullTextForm=&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE_S_S001&ActiveTabIndex=0&&languageUIChanged=true#) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – INTELLECTUAL PROPERTY (2013), *Members accepting amendment of the TRIPS Agreement*. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/amendment\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO – TRIPS AND PUBLIC HEALTH (2005), *Notifications by exporting WTO Members*. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/public\\_health\\_notif\\_export\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_notif_export_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO MINISTERIAL CONFERENCE (2001), *Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/Dec/1. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/the WTO\\_e/minist er/min01\\_e/mindecl\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/the WTO_e/minist er/min01_e/mindecl_e.pdf) (Date of access: February 28, 2014).

WTO NEWS (2003), *Decision removes final patent obstacle to cheap drug imports*. Press/350/Rev.1. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/news\\_e/pres03\\_e/pr350\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres03_e/pr350_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO NEWS (2011), *10-year-old WTO Declaration has reinforced health policy choices, Lamy tells symposium*. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/news\\_e/news11\\_e/trip\\_23nov11\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/trip_23nov11_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO NEWS: SPEECHES-DG MIKE MOORE (2001a), *Moore welcomes news of settlement of South Africa drug lawsuit*. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art66\\_1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art66_1_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO NEWS: SPEECHES-DG MIKE MOORE (2001b), *Moore: Countries must feel secure that they can use TRIP's flexibility*. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/news\\_e/news01\\_e/dg\\_trips\\_medicines\\_010620\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news01_e/dg_trips_medicines_010620_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO - COUNCIL DISCUSSION ON ACCESS TO MEDICINES (2001), *TRIPS and Public Health*, IP/C/W/296. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/paper\\_develop\\_w296\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/paper_develop_w296_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).

WTO - DISPUTE SETTLEMENT (2001), *Brazil - Measures Affecting Patent Protection*, WTO Doc WT/DS199/3. Available on-line at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds199\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds199_e.htm) (Date of access: February 28, 2014).



## Transición y Constitución: ¿Qué relación guardan en España que importe hoy?\*

Bartolomé Clavero  
Universidad de Sevilla  
[clavero@us.es](mailto:clavero@us.es)

### Resumen

La actual Constitución española procede de una transición política a partir de la dictadura franquista que no permitió el apropiado desarrollo de un proceso constituyente democrático. Este texto, de una parte, afronta el alcance de la repercusión de la transición en el contenido de la Constitución. Por otra, se plantea cómo las previsiones constitucionales de reforma no han servido de modo alguno hasta el momento para resolver tamaño hándicap.

125

### Palabras clave

Constitución española, dictadura franquista, transición política, proceso constituyente, reforma constitucional.

## Transition and Constitution: What about their relationship in Spain nowadays?

### Abstract

Spanish current Constitution is the outcome of a political transition: an outcome of a process taking place right after the Francoist dictatorship and not enabling for a suitable development of a democratic procedure leading to a genuine Constitution-making scheme. This paper is concerned, firstly, with the extent of the impact of such transition on the content of the Constitution text itself. On the other hand, it considers how its provisions for constitutional reform have in no feasible way helped so far to solve such an impairing handicap.

### Keywords

Spanish Constitution, political transition, Francoist dictatorship, Constitution-making process, constitutional reform.

\* Intervención en *Transiciones democráticas y calidad de la democracia. Perspectivas comparadas Brasil – España* (13-15 de enero, 2014), seminario inaugural de la cuarta edición del Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de las Universidades Pablo de Olavide e Internacional de Andalucía. Desarrollo algún punto que despertara especial interés, mantengo el estilo corrido de la intervención oral y registro aparato seleccionado de respaldo. Agradezco a la Universidad Pablo de Olavide su invitación y a *Eunomia* su hospitalidad.

Partamos de una elemental constatación para ponernos en condiciones de abordar el interrogante formulado por el título. Vamos a ocuparnos de la transición española entre régimen de dictadura y sistema constitucional durante la segunda mitad de los años setenta, pero no por sí misma, no como un trabajo de investigación historiográfica para el que ya parece que hay suficiente distancia, sino para proceder a una reflexión jurídica acerca del alcance que aquella transición pudiera todavía estar ejerciendo a estas alturas, en tiempo presente.

He aquí la constatación elemental. La Constitución española acaba de cumplir treinta y cinco años y además tal cual, sin haber necesitado prácticamente reforma. No ha tenido ninguna de iniciativa interior. Las dos únicas y bastante, además, limitadas, afectando tan sólo a un par de artículos, que se le han efectuado, en 1992 y 2011, han respondido a impulso exterior, una por imperativo del derecho europeo y otra por presión igualmente europea y, más decisivamente, de organismos financieros internacionales. Luego diré algo de ellas. De momento, resaltemos ese aparente éxito.

La cuestión que me planteo se refiere al sentido de dicha impasibilidad del texto constitucional tras todo este espacio de tiempo que ya puede decirse de un entero ciclo generacional. ¿Es signo de salud o lo es, en cambio, de falta de vitalidad? La respuesta por supuesto depende de que la resistencia se deba ya a satisfacción ciudadana, ya a estancamiento político. Esto habría de aquilatarse en el presente, pero confrontaré el interrogante por otra vía, por la que sugiere el asunto de este seminario. Me remontaré, como he dicho, a la transición española, la estricta de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado, que condujo al actual sistema constitucional. Me perdonarán que no hable de transición democrática por respeto, como creo que podrá comprobarse, a lo que democracia significa. Soy de quienes piensan que soluciones de aquella transición son problemas para hoy, aunque no todas ni todos desde luego.

126

Arranquemos entonces recordando alguna otra cosa elemental que en el relato imperante de aquella transición suele obviarse. No hace falta que nos extendamos en el recordatorio ni que descendamos a pormenores. En la segunda mitad de aquellos años setenta hubo en España un proceso constituyente, el que condujo a la actual Constitución, pero no lo fue que se iniciara mediante sufragio constituyente. Hubo, el 15 de junio de 1977, unas elecciones parlamentarias por sufragio general de la ciudadanía sin discriminaciones que resultaron determinantes para el desmontaje del régimen dictatorial de unas llamadas Leyes Fundamentales organizado cuidadosamente en tiempos de la dictadura del general Francisco Franco a fin de que, colegiándola, cobrara plena fuerza tras su muerte. Fueron comicios no menos determinantes para el propio planteamiento de la Constitución, pero insistimos en que no se trató de elecciones constituyentes. No se convocó a la ciudadanía para que eligiera entre programas de tal alcance ni se abrió un debate público durante el periodo electoral sobre propuestas concretas de tal índole<sup>1</sup>.

En cuanto al proceso electoral, su gestión estuvo en manos de un gobierno heredero de la dictadura, formado conforme a dichas Leyes Fundamentales, el cual aprovechó el mismo aparato de procedencia dictatorial para improvisar un partido junto a sectores de origen no franquista. El llamado Movimiento Nacional, partido único de la dictadura, fue formalmente disuelto, pero su despliegue territorial de gobiernos civiles y alcaldías, jefes provinciales y locales de tal partido, se mantenía incólume a disposición del gobierno central dado que no se realizaron elecciones

<sup>1</sup> Respecto a esto y lo que sigue, la narrativa más incisiva del proceso político que desemboca en las elecciones generales de 1977 la ofrece Gallego (2008).

municipales hasta después de las generales. Éstas se apoyaron además en una ortopedia de mitigación de la representatividad: registro de partidos políticos de acceso no libre; bloqueo de listas para el Congreso; efecto buscado de cupularidad partidista; reducción de escaños; mapa electoral de distritos amplios, provinciales, con consecuencias ulteriormente distorsionadoras de la representación debidas al método de asignación de mandato por resto mayor... No todas las opciones políticas fueron admitidas ni todas estuvieron dispuestas a plegarse a tamaños condicionamientos<sup>2</sup>.

Fueron aquellas unas elecciones de resultado, que no de planteamiento, constituyente, y esto mediante procedimientos que tampoco abrieron espacio a la determinación de la ciudadanía. La candidatura proclamada como vencedora en términos de minoría mayoritaria, suficiente para formar gobierno, pero no para adoptar acuerdos parlamentarios de alcance por sí sola, fue la improvisada por aquel gobierno heredero de la dictadura (166 escaños de 350). La opción más continuista respecto a las susodichas Leyes Fundamentales se quedó en minoría reducida (16 escaños). Los partidos sin componentes franquistas, la mayoría de izquierda, totalizaron una representación sustanciosa (168). Aparte distorsiones del régimen electoral, la totalidad del voto de izquierda superaba al de derecha. El resultado electoral de unas elecciones no constituyentes abrió el proceso constituyente. En estas circunstancias, no dependientes de mandato ciudadano a este efecto, las Cortes se encontraron con las manos libres para proceder a la elaboración de la Constitución. Lo aprovecharon de lleno, digamos, para lo bueno y para lo malo.

¿Qué decir de los procedimientos de determinación constituyente? ¿Recuerdan ustedes un reciente anuncio televisivo de un refresco alabando la costumbre española de frecuentar bares, “benditos bares”? En un momento, mientras se veía a un grupo de señores, todos señores, alrededor de una mesa de un bar, se decía: “Hasta redactamos la Constitución” ahí, en los bares. Cuando no se provocó escándalo, algo de verdad habría. De hecho, decisiones constituyentes importantes se tomaron en reservados de restaurantes. Y hubo otras que también se adoptaron fuera del ámbito parlamentario (Gallego-Díaz y de la Cuadra, 1989)<sup>3</sup>.

Dos artículos de la Constitución, dos al menos, se acordaron entre agentes militares del Gobierno y miembros de la cúpula militar. A los padres constituyentes, efectivamente padres todos los que elaboraron el proyecto, se les transmitía que no podía tocarse ni una coma de ese tipo de acuerdos<sup>4</sup>. Luego, mediante rígida disciplina de partidos, poco menos que se escenificaba el debate parlamentario. Hubo desencuentros ocasionales y enfrentamientos efectivos a la luz pública del parlamento, sobre todo con quienes no estaban en el secreto y querían cambiar las reglas, pero sin que todo esto llevase a su modificación.

Aunque haya multitud de tesis doctorales y otros trabajos constitucionalistas que les conceden crédito, las actas parlamentarias hechas públicas son un pálido reflejo de lo que realmente fuera aquel proceso de determinación constituyente tan restringido y opaco. La literatura memorialística de padres y adláteres tampoco es que esté arrojando luego mucha luz. ¿Hace falta decir que la historia de la transición está sencillamente por hacer? Con decir que resiste hoy el mito, generado entonces contra toda evidencia (Sánchez Soler, 2010; Grimaldos, 2013), de su carácter de por

<sup>2</sup> Sobre la evolución de los partidos que, por carecer de elementos franquistas, más contribuyeron a la legitimación prácticamente incondicionada de aquel proceso, Andrade Blanco (2012).

<sup>3</sup> El anuncio de marras se tiene ahora accesible en youtube.

<sup>4</sup> La intervención militar ya la destacaba Bastida (1998).

sí, salvo acciones terroristas, pacífico. Mas no es la historia lo que aquí nos interesa, sino su repercusión en la Constitución.

Los dos artículos aludidos de imposición militar no son dos artículos cualesquiera. Uno de ellos fue el segundo: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”, este artículo clave porque sitúa a la nación española en posición, no de sujeto constituyente, sino de entidad constituida, sustrayéndola a su propia determinación. El otro es el octavo, su primer párrafo: “Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”, disposición que procede directamente de la Ley Orgánica del Estado, una de las Leyes Fundamentales franquistas. Con algún otro retoque, a lo que más importa, sustituye la última palabra, que antes era “institucional” y que ahora ni siquiera hace referencia inequívoca a la Constitución como norma.

Relaciónense la posición supraconstitucional de la nación española y el mandato constitucional de defensa militar de su integridad territorial. Colaciónense otras disposiciones constitucionales. La Constitución asigna a la Monarquía “el mando supremo de las Fuerzas Armadas” sin especificar siquiera, como no deja de hacer a otros efectos, que ha de sujetarse en su ejercicio al diseño constitucional orgánico, esto es entonces, a la dirección del Gobierno, lo que excluiría el propio “mando” a todo efecto. He ahí, en resumidas cuentas, una batería de cláusulas dormidas de posibilidades inquietantes, un resultado directo de los condicionamientos de aquella transición.

Algo despertaron con el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, sobre todo cuando el monarca, al par de días, convocó en su residencia a dirigentes de partidos parlamentarios para aleccionarles y hacer entrega de un mensaje por escrito en el que, aparte de atribuirse ahora el mérito de la defensa de la Constitución, imponía, bajo amenaza apenas velada (“de lo contrario será preciso extraer meditadas consecuencias...”), una línea de moderación en general y de lenidad en particular respecto a la indagación de responsabilidades y complicidades en el golpe. De las franquistas ni se hablaba. A este efecto, la gestión del voto de izquierda que logró la mayoría absoluta en las elecciones de 1982 fue consecuente con las premisas sentadas no sólo por la transición, sino también por el golpe. La ficción forjada a su propósito deja su propio alcance en la más tupida sombra<sup>5</sup>.

Retomemos el hilo del proceso constituyente. No habiéndose celebrado elecciones de tal carácter, constituyentes, para la legitimación de la Constitución se hacía especialmente necesario el refrendo ciudadano. Se contaba con una doble ventaja, las dos entonces fomentadas. Por una parte, se tomaba como término de comparación a la dictadura y no a la Constitución precedente, la Constitución de la República de 1931, de planteamiento además bastante similar a bastantes efectos, cuya referencia, aun manifiestamente mejorable, resultaría en cambio desfavorecedora<sup>6</sup>. Por otra parte, el referéndum se tenía ganado de antemano al convocársele en bloque para un sí o un no a toda la Constitución, sin desglosarse, por poner el ejemplo más claro, la consulta sobre la forma de Estado, esto es, sobre una monarquía instaurada por la dictadura, aunque la Constitución diga que por la

<sup>5</sup> Como muestra de tanto valor formal como escasa fiabilidad sustancial, Cercas (2009), Premio Nacional de Narrativa 2010.

<sup>6</sup> Se cuenta ahora con una buena comparación: Escudero Alday (2013), sobre la que puede verse mi comentario (Clavero, 2014b).

historia, lo que tampoco es que legitimate. También se podría haber desglosado el referéndum territorialmente, con escrutinio diferenciado al menos para Cataluña, el País Vasco y Galicia, por constituir comunidades que ya se veían constitucionalmente en proceso de acceso a la autonomía política una vez que la Constitución misma revalidaba los respectivos plebiscitos de iniciativa celebrados durante la República, único punto en el que conectaba expresamente con ella (Chernichero, 2007)<sup>7</sup>.

Superado con cierta holgura el referéndum, salvo en el País Vasco si se hubiera producido el desglose territorial, quedaba el trámite de la publicación, para la que se utilizó el procedimiento menos constitucional que pudiera imaginarse. Al texto refrendado por la ciudadanía se añadieron un protocolo y un escatocolo de sanción y promulgación mediante las cuales la Monarquía, que no se subordinó por ninguna fórmula a la Constitución, se situaba por encima de ella. La norma constitucional se publica en el Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978 tal y como si fuera una Carta Otorgada decimonónica con valor vinculante por voluntad del Monarca: “Don Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieran y entendieren, sabed: Que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución (...). Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado”.

Al final, con esta sanción, en estrictos términos jurídicos, el sujeto constituyente no es definitivamente la nación española, sino una monarquía dinástica. No es de extrañar que, como si avergonzaran, protocolo y escatocolo no suelan luego reproducirse ni siquiera en ediciones oficiales. Más aún. En el mismo número del BOE se publica el texto en otras lenguas oficiales, como el catalán, el euskera y el gallego, eliminándolos. En suma, con todo ello no sólo ocurre que la Monarquía no se sometía a referéndum constituyente, sino que incluso se le intentaba sobreordenar a Constitución.

No lo he dicho todavía, pero, tras todo lo anterior, conviene consignarlo. Aquellas Cortes, Cortes constituyentes por su resultado, lo rindió notable en términos de Constitución sustantiva, aunque esto en mayor medida respecto a reconocimiento de derechos que a su garantía, inclusive en esto la organización de poderes comenzándose por el judicial. El producto constitucional fue apreciable aun con todo el impacto de los condicionamientos adversos tanto en el contenido como en la práctica que generó. Las mismas circunstancias causaron un defecto que se tornó virtud. La Constitución dejó abierta la estructura territorial del Estado mediante, como hemos visto, la autonomía de “nacionalidades y regiones”, con lo que los Estatutos territoriales que habrían de seguirle podían contar con un margen de determinación incidente en materia constitucional de forma además progresiva puesto que la Constitución seguía tal cual, abierta. Es lo que, con fórmula importada no muy feliz por lo que tiende aquí a cerrar lo que había quedado abierto, se ha llamado “bloque de constitucionalidad” (Favoreu y Rubio Llorente, 1991). La “España inacabada de la Constitución”, como ha podido también decirse, es uno de sus méritos, y no de sus defectos, por cuanto que permite superar ulteriormente condicionamientos (Romero, 2012).

No todo eran ni son parabienes ni mucho menos. Sobre la Constitución y su práctica ha pesado particularmente la continuidad bastante marcada de los aparatos militar, policial, judicial y fiscal, así como del personal político, bajo supuestos

<sup>7</sup> Para este como para otros capítulos, el libro de Rafael Escudero anima y ayuda a llevar la comparación bastante más allá.

además de absoluta impunidad respecto a su desempeño criminal, primero sistemático y luego más eventual, durante la dictadura. No se piense que esto deja secuelas que tan sólo afectan a derechos de defensores y defensoras de libertad contra dictadura. Por poner un ejemplo elocuente, como consecuencia directa del negacionismo en el ámbito judicial, la jurisprudencia de la Sala Segunda, de lo Penal, y de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, rechazan, más disimuladamente la una que la otra, el valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos. Así es como la justicia prevarica institucionalmente, no hablo de las personas (Ortiz Heras, 2013; Criado de Diego, 2013; Escudero Alday y Pérez González, 2013). En general, la Constitución revalidó un orden de la justicia de planta decimonónica bastante inhábil para cubrir su función esencial de garantía de derechos (Lorente, 2007).

Lo que ha acontecido con la misma idea de qué cosa fuera aquella transición, magnificada y enaltecida hasta la exasperación, resulta de lo más significativo. Se habla de invención de la tradición y puede hablarse de invención de la transición como mecanismo de legitimación de la Constitución. Según la cultura política dominante hoy en España, la teórica como la práctica, existiría una entidad llamada Transición, con la mayúscula, de valor superior, incluso en la vertiente normativa, a la Constitución misma. Ustedes han escuchado y tal vez todavía escuchen intervinientes en este seminario que utilizan más, y a efectos más decisivos, la primera palabra que la segunda, ensalzando con mayor empeño la Transición que la Constitución. Adviértase cómo esto se hace hoy a la defensiva. Razones no faltan<sup>8</sup>.

Una pieza fundamental en esta deriva cultural es clave para la referida impunidad del personal que pasara limpiamente de usufructuar dictadura a gestionar constitucionalismo. Me refiero a la amnistía, más en concreto a la Ley de Amnistía de 17 de octubre de 1977, una ley, como se ve, preconstitucional. Pues suele alegársele en términos tan hipostasiados como el de la invocación de la Transición, endosándosele igualmente la mayúscula, así Amnistía, con abstracción del contenido de la ley, igual que se abstraerá la historia de la transición transmutándola en leyenda, echemos una ojeada sumaria a lo que aquella norma preconstitucional efectivamente fuera. Se refería a cuatro supuestos de cancelación de consecuencias penales: por ejercicio de libertades políticas y por actividades de defensa de derechos laborales durante la dictadura, dos de ellos; de recurso a acciones terroristas de signo tanto antifranquista como franquista y a estas y otras violaciones de derechos por parte de elementos oficiales de la dictadura ("delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas"), los otros dos.

130

Distingo entre pares por su diferencia de fondo entre supuestos: se amnistiaron crímenes, los franquistas y otros igualmente terroristas, y se consideraron delitos acciones de ejercicio de libertad y de defensa de derechos, cuya amnistía ratificaba dicha calificación delictiva, con lo cual además se bloqueaba la posibilidad de reparación por vía judicial o de cualquier reclamación de derechos conforme a derecho y no a concesión política (Chinchón Álvarez (2007a)). Con todo esto, la Ley de Amnistía contenía lo que luego se llamaría una ley de punto final, que es lo que queda de ella hoy. Recalquemos lo dicho de que se trata de una norma preconstitucional. Atentando ella misma contra derechos constitucionales tan básicos como el de tutela judicial, la Ley de Amnistía, en cuanto

<sup>8</sup> Para una elocuente muestra última del fomento de la epopeya, o quizás ya penúltima pues la serie no para, Aguilar (2013), por lo que toca, del tandem del subtítulo, a lo primero, lo de la conquista. no a lo segundo, lo del cuidado, a lo que se serviría mejor con más realismo.

que ley de punto final, debió entenderse derogada por virtud del valor normativo y consiguiente cláusula derogatoria de la Constitución (“Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”). El ejercicio de libertades ya estaba garantizado por la Constitución misma.

Por parte tanto de la justicia como de la política, con apoyos ambas de la academia, se entiende exactamente lo contrario, esto es, que la Transición y la Amnistía, así, con abstracción completa de la historia y de la ley, son el fundamento de la convivencia ciudadana en la que se sustenta la Constitución, con lo que ésta queda subordinada a una cultura de leyenda de efectos inhibitorios<sup>9</sup>. La jurisprudencia al respecto tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo está transida de dicho entendimiento. Por mucho que ahora se hable de justicia de transición, justicia ninguna es lo que ha habido<sup>10</sup>. Los recordatorios actuales por parte de diversas instancias de derechos humanos sobre la impunidad de criminales y la injusticia con las víctimas que ello implica provocan una sorpresa no siempre hipócrita (Clavero (2014a).

El apreciable esfuerzo realizado en 2007 por la “Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”, más conocida como Ley de Memoria Histórica, no sabe escapar del callejón sin salida o ni siquiera hace el intento. Contiene remisiones genéricas a la justicia que no remedian su bloqueo a los efectos esenciales de la impunidad de criminales y satisfacción de víctimas. Confía competencias al Gobierno de forma que aún cierra más el acceso a la justicia. Trae el colofón de una aparatoso e innecesaria derogatoria de disposiciones franquistas que ya estaban derogadas por la Constitución, sin pronunciarse sobre la única medida que a estas alturas interesa, la Ley de Amnistía con su componente de punto final. Se abstiene de declararla derogada, por imperativo constitucional, desde 1978, algo necesario ante la práctica tanto política como judicial de entenderla en pleno vigor. Ni da base. La Exposición de Motivos de la Ley de Memoria Histórica arranca asumiendo la existencia de una entidad fantasmagórica que se sobreordena a la Constitución: “El espíritu de la Transición da sentido al modelo constitucional de convivencia...”.

¿Saben ustedes del cuento de un general que provoca una batalla para esconder entre las bajas el cadáver de un soldado al que acababa de asesinar? Al final, tristemente, es lo que ocurre entre la Ley de Memoria Histórica y el muerto viviente de la Ley de Amnistía. Y la inconsciencia resulta lo más llamativo, sobre todo si se le suma a la infatuación. Es todo un estilo político y doctrinal el de ofrecer generosamente a América Latina e incluso a Europa Central lo que se tiene como Modelo Español de Transición Política cuando España es uno de los casos más flagrantes de impunidad de criminales e insatisfacción de víctimas y deudos<sup>11</sup>. El contraste podría también efectuarse entre América y Europa, entre sus respectivas jurisdicciones de derechos humanos. Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia contraria a las leyes de amnistía por violatorias de derechos fundamentales de las víctimas (Norris, 1992; Chinchón Álvarez, 2007b), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos elude comprometerse hasta tal punto por deferencia con los Estados, como ha ocurrido precisamente en algún caso procedente de España (Chinchón Álvarez, 2012).

<sup>9</sup> Aunque no se toque la dimensión jurídica, interesa Martínez (2012).

<sup>10</sup> Gil (2009); Tamarit (2012), presentando a España como “un caso insólito de justicia transicional” precisamente por no serlo.

<sup>11</sup> Para ilustración singular de la dispensación de generosidad no sólo hacia América, López Guerra (1998).

Recuperaremos de nuevo el hilo del proceso constituyente. Ya hemos llegado a la Constitución, su producto bastante apreciable en términos sustantivos como ya he subrayado. ¿Caben efectos negativos de factores positivos? Esto ha ocurrido precisamente en el caso. Lo que nació como Constitución de transición, por sus fuertes condicionamientos afectando a su legitimidad ciudadana, pronto, prácticamente sobre la marcha, despejó la conciencia de sus deficiencias constituyentes. La Constitución se fue granjeando a buen ritmo una imagen de norma fundamental definitiva, no debida ni condicionada a una transición tan problemática. El signo más visible de esta metamorfosis inmediata puede ser el del mantenimiento sustancial de la ortopedia electoral que reduce y controla la representación ciudadana. En tiempos no tan azarosos como los de la transición, lo que fueron mecanismos de salida de una dictadura que no feneció con el dictador se convierten definitivamente en formas de secuestro de dicha representación a más efectos que los del funcionamiento de las instituciones políticas.

La misma Constitución se muestra consciente de su deuda con la transición, de este verdadero hándicap. Lo hace en el momento lógico de las previsiones de reforma, que no es a reforma a lo primero que se refieren, sino a revisión de fondo y completa. Véase: “Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes”, a fin de que, mediando pronunciamiento de la ciudadanía, las consecutivas ratifiquen la decisión y procedan “al estudio del nuevo texto constitucional”, de todo él en su caso. En otros casos, de no afectarse tales pasajes constitucionales, las Cortes se bastan para la reforma.

Hay así un procedimiento de renovación de la Constitución con intervención ciudadana que se aplica a los casos de afectación del título preliminar, en el que se encuentran por ejemplo los artículos citados sobre unidad nacional y función militar, de la sección “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” y del título “De la Corona”, así como, a más razón, cuando se trata de producir un cambio completo. Lo interesante es que este caso de “revisión total”, en los términos literales de la Constitución, se admite. Y la cuestión es entonces la de si el procedimiento previsto resulta o no el adecuado al efecto. Según su diseño, la ciudadanía interviene entre legislatura y legislatura para pronunciarse sobre la reforma constitucional propuesta por la primera a fin de que la segunda la ratifique o la rechace en conformidad con el pronunciamiento ciudadano. Algun margen mayor puede tener la segunda legislatura cuando se añade, como queda visto, que la misma también procederá “al estudio del nuevo texto constitucional”, lo que cobra especial sentido de tratarse de “revisión total”. En este supuesto, la convocatoria ciudadana se acerca bastante a la de unas elecciones constituyentes, sólo que la Constitución intenta asignar el papel decisivo de propuesta y de resolución siempre a las Cortes y nunca a la ciudadanía. La iniciativa ciudadana de reforma constitucional está excluida por la Constitución<sup>12</sup>.

La práctica de reformas constitucionales, práctica que pudiera afrontar la deficiencia constituyente de la Constitución, no va luego en la dirección consecuentemente necesaria de ampliar la participación ciudadana, sino en el sentido opuesto. Son dos, como ya he recordado, las reformas efectuadas, en 1992

<sup>12</sup> Vera Santos (2007), con conclusiones aún menos apreciativas de las posibilidades constituyentes de la intervención ciudadana, lo que es posición común en el seno de la doctrina imperante. Salvo, por fecha, la reforma de 2011, ahí se tiene información sobre lo que sigue, inclusive el intento naufragado de 2005. Puede añadirse Belda (2008); Consejo de Estado (2009); López Garrido y Martínez Aragón (2013).

y 2011. Ha habido además, en 2005, una iniciativa oficial de recorrido tan sólo gubernamental, sin pasar a determinación parlamentaria, ya no digamos ciudadana, a la cual también conviene que miremos. Tras considerar estas dos reformas y media, o más bien y un cuarto, creo que tendremos elementos ya suficientes para dilucidar el interrogante sobre la estabilidad constitucional, acerca de si se debe a satisfacción ciudadana o a parálisis política trufada naturalmente de intereses en los que aquí no cabe ni asomarse.

La primera reforma constitucional se debió, como ya he recordado, a derecho europeo, concretamente a la franquicia de derechos políticos a la ciudadanía de la Unión: “atendiendo a criterios de reciprocidad” podrá exceptuarse por tratado o por ley para elecciones municipales el reconocimiento exclusivo de tales derechos a la ciudadanía española. No se menciona la Unión Europea, con lo que quedaron abiertas más posibilidades, por ejemplo la de extender la franquicia a trabajadoras y trabajadores inmigrantes residentes, lo que apenas ha comenzado a materializarse en los términos más constitucionales de comunidad ampliada de ciudadanía<sup>13</sup>. En lo que toca al procedimiento de la reforma, se hizo evitando tocar la sección de derechos y libertades, como hubiera correspondido, lo que habría requerido referéndum. Así lo que se eludió fue debate y pronunciamiento ciudadanos sobre cuestiones tales, cuestiones de integración de España en Europa y de inmigración extracomunitaria en España.

La segunda reforma, la de 2011, se ha debido también a impulso exterior como igualmente ya he recordado. Ahora se trata de garantizar la estabilidad presupuestaria en todas las administraciones y la atención preferente a la deuda pública con todo lo que esto puede negativamente afectar a políticas sociales, a políticas promotoras de derechos sociales requeridas por la propia Constitución. Lo mismo que en el caso anterior, se ubicó la reforma en una sede constitucional no comprendida entre aquellas que requieren referéndum. En contexto más crítico respecto a Europa, se ha querido eludir a toda costa pronunciamiento y debate ciudadanos. La pauta es común a reforma que puede considerarse positiva, por la participación de derechos ciudadanos, como a la que resulta negativa, por la reducción de la capacidad de las instituciones públicas para la promoción de derechos. Con una Constitución de problemática legitimidad constituyente, es a la ciudadanía a la que sigue temiéndose (Pisarello, 2011; Escudero Alday, 2012; Mateos, 2013).

Ahora, con la reforma de 2011, en su contexto tan poco favorable, es cuando viene a mencionarse la existencia de la Unión Europea en la Constitución española: “El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros. (...) El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Para alguien totalmente extraño, como el jurista persa de Pedro Cruz, que pretendiese a estas alturas informarse sobre el constitucionalismo español mediante la lectura de la Constitución española, la imagen que obtendría de su incardinación europea no parece que pudiera resultar muy halagüeña. Es mérito peculiar de la reforma de 2011. El jurista persa de Pedro Cruz miraba a la cuestión interna de las autonomías territoriales<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Moya y Viñas (2010), bloque cuarto para España.

<sup>14</sup> Cruz Villalón (2006). *La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa* es publicación suya que data de 1981.

En 2005 intentaron afrontarse estas cuestiones y alguna otra con la iniciativa gubernamental de reforma constitucional que, como se ha recordado, no pasó ni siquiera al ámbito parlamentario. Pero es bien significativa de cuanto estamos viendo. Se proponía reformar la sucesión dinástica en la Jefatura del Estado para suprimir la discriminación de género; registrar la incardinación de España en la Unión Europea, que todavía no estaba ni mencionada en la Constitución; enumerar las Comunidades y Ciudades Autónomas, las cuales se estatuyeron y en parte incluso no se identificaron sino tras ella, y transformar el Senado a fin de que pueda ser “Cámara de representación territorial”, esto último según la misma Constitución, hasta ahora vanamente, requiere. Puede imaginarse el debate que la propuesta podría provocar en las Cortes primero y, al tiempo y a continuación, en el seno de la ciudadanía, pues el referéndum era ineludible al tocarse la Corona: el debate, sin ir más lejos, sobre la forma de Estado, sobre las condiciones de la pertenencia a Europa y sobre la suerte de las Comunidades Autónomas constreñidas por la Constitución.

El Gobierno puso los medios para controlar el proceso de reforma. Impulsó una modificación de la Ley Orgánica del Consejo de Estado a fin de que éste tuviera intervención en la línea de acreditar el contenido de la propuesta circunscribiéndose sus límites, tal y como si dicho órgano tuviera autoridad sobre las Cortes. Ha de indicarse que el llamado por la misma Constitución Consejo de Estado no es un consejo del Estado, sino del Gobierno y del gobierno además central, por lo que, si tuviere alguna autoridad, la misma no cabe que transcienda al ejercicio de facultades gubernamentales. Contando con el aval de este consejo y todo, el Gobierno no dio el paso de presentar la reforma ante las Cortes. No había visos de que prosperara. Más posibilidades se habían tenido tras las elecciones de 1982 y, con el peso referido del golpe de 1981, de reforma constitucional entonces ni se habló. Aparte dicha hipoteca, lo que es mucho apartar, había todavía esperanzas en las posibilidades de evolución de la Constitución cambiadas las circunstancias con el transcurso del tiempo.

En 2005, no sólo fue cuestión de visos. La propuesta de reforma ni siquiera contaba constitucionalmente con la seguridad de que, siguiendo su curso, no se planteara en sede parlamentaria su extensión a otras secciones de la Constitución no menos necesitadas. ¿Y cómo, por ejemplo, se iba a proponer la identificación constitucional de las Comunidades Autónomas existentes sin que surgieran problemas de fondo a su respecto, los problemas comunes y los diferenciados, sobre todo éstos los relativos a Cataluña y al País Vasco? La propuesta de reforma se planteaba como si la mera enumeración de las Comunidades Autónomas pudiera cerrar lo que la Constitución, una constitución tan condicionada, había dejado providencialmente abierto, y esto además junto a la posibilidad de su revisión total.

De aquellos polvos, estos lodos, con una historia de por medio. La responsabilidad no es sólo achacable a padres constituyentes y demás agentes de la transición. Se extiende a quienes han venido gestionando desde entonces el constitucionalismo desde diversas posiciones, inclusive las académicas, sea dicho siempre en términos institucionales, sin acepción en ningún sentido de personas<sup>15</sup>. Al fin y al cabo, la Constitución quedó abierta en algún capítulo clave y dejó además

<sup>15</sup> En el curso del seminario hispano-brasileño de donde proceden estas páginas, hubo ponente español, José Luis Rodríguez Zapatero, que, en defensa cerrada de la transición y su producto constitucional, utilizó con insistencia el emotivo argumento de que criticarla supondría traicionar a nuestros padres, pues la hicieron. No es, por edad, mi caso. Si acaso, como ciudadano involucrado en la transición y entusiasta por cada paso que se daba en la dirección de superación del franquismo, me autocrítico, con conciencia además de que hube de traicionar, si quiere así de extrañamente decirse, a mis padres: Clavero (2013).

registrada la posibilidad de su revisión a fondo. Aun con todos sus condicionamientos y aun con toda su opacidad, no es la transición la que bloqueó la Constitución. Ya dije que no todas las soluciones de la transición ayer son problemas de la Constitución hoy.

Aquí concluyo mi repaso no sólo por razón de tiempo, sino también porque creo que ya tenemos elementos sobrados para responder de frente a nuestra pregunta. Hela de nuevo. ¿La estabilidad de la Constitución se debe a satisfacción ciudadana o a parálisis política? Mejor ahora, pensándomelo bien, la retiro. Tengamos en cuenta que la respuesta no corresponde a nadie sino a la ciudadanía cuyo pronunciamiento viene precisamente estorbándose. No voy ni vamos a abundar en la suplantación.

## Bibliografía

- AGUILAR, M.A. (2013), *España contra pronóstico. De cómo conquistamos nuestras libertades y del cuidado que requieren*, Aguilar, Madrid.
- ANDRADE BLANCO, J.A. (2012), *El PC y el PSOE en (la) transición. La evolución ideológica de la izquierda durante el proceso de cambio político*, Siglo XXI, Madrid.
- BASTIDA, X. (1998), *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona.
- BEDA, E. (2008), *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Thomson-Civitas, Madrid.
- CERCAS, J. (2009), *Anatomía de un instante*, Mondadori, Barcelona.
- CHERNICHERO, C.A. (2007), *El Estado integral en la Constitución de la II República: proceso político, sistema parlamentario y conflictos sociales*, Universidad de Cádiz, Cádiz.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2007a), “*El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España (Un examen desde el derecho internacional)*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 45, pp. 119-233.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2007b), *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- CLAVERO, B. (2013) *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Crítica, Barcelona.
- CLAVERO (2014a), *España 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- CLAVERO (2014b), “Desapego de república y cortocircuito de derechos”, *Quaderni Fiorentini*, Núm. 43, a publicarse.
- CRiado DE DIEGO, M. (coord.) (2013), *El itinerario de la memoria: derecho, historia y justicia en la recuperación de la memoria histórica en España*, vol. I, *El derecho y la memoria*, Sequitur, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2006), *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2012), “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 2, pp. 86-98.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2013), *Modelos de democracia en España. 1931 y 1978* (2013), Península, Barcelona.
- ESCUDERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (eds.) (2013), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid.

- FAVOREU, L. y RUBIO LLORENTE, F. (1991), *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid.
- GALLEGÓ, F. (2008), *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Crítica, Barcelona.
- GALLEGÓ-DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B. (1989), *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid.
- GIL, A. (2009), *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona.
- GRIMALDOS, A. (2013), *Claves de la Transición, 1973-1986 (para adultos). De la muerte de Carrero Blanco al referéndum de la OTAN*, Península, Barcelona.
- CONSEJO DE ESTADO (2009), *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.) y MARTÍNEZ ARAGÓN, M.L. (coord.) (2013), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1998), "The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe", *Cardozo Law Review*, Núm. 19, *Peaceful Transitions to Democracy*, pp. 1937-1951.
- LORENTE, M. (coord.) (2007), *De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- MARTÍNEZ, G. (coord.) (2012), *CT o la Cultura de la Transición. Crítica a 35 años de cultura española*, Debolsillo, Barcelona.
- MATEOS, J. (2013), "Reflexiones sobre la validez y revocabilidad de la reforma de la Constitución Española producida en 2011", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Núm. 28, pp. 163-196.
- MOYA, D. y VIÑAS, A. (eds.) (2010), *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, Fundació Carles Pi i Suyer, Barcelona.
- NORRIS, R.E. (1992), "Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 15, pp. 47-121.
- ORTIZ HERAS, M. (2013), *La violencia política en la dictadura franquista 1939-1977. La insoportable banalidad del mal*, Bomarzo, Albacete.
- PISARELLO, G. (2011), "Una reforma constitucional para la periferia europea", *Revista de Economía Crítica*, Núm. 11, pp. 160-170.
- ROMERO, J. (2012), "España inacabada. Organización territorial del Estado, autonomía política y reconocimiento de la diversidad nacional", *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, Núm. 58-1, pp. 13-49.
- SÁNCHEZ SOLER, M. (2010), *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España, 1975-1983*, Península, Barcelona.
- TAMARIT, J. (2012), "Los límites de la justicia transicional penal: el caso español", *Política Criminal / Criminal Policy*, Núm. 7-12, artículo segundo.
- VERAS SANTOS, J.M. (2007), *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid.



## Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España

Teresa Rodríguez Montañés  
*Universidad de Alcalá*  
[teresa.rodriguez@uah.es](mailto:teresa.rodriguez@uah.es)

### Resumen

La reciente condena a España por violación de los artículos 5.1 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha recibido una amplísima cobertura mediática. Una novedosa interpretación del Tribunal Supremo (conocida como doctrina Parot) modificó el sistema de cómputo de las redenciones de pena por trabajo, retrasando la fecha licenciamiento definitivo de múltiples presos en varios años. La aplicación retroactiva de dicho criterio fue considerada por el Tribunal Europeo contraria al principio de legalidad y al derecho a la libertad. Este artículo explica las claves para entender tanto la gestación de la doctrina como las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### Palabras clave

Doctrina Parot, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), artículo 7 del Convenio Europeo, aplicación retroactiva de jurisprudencia desfavorable no razonablemente previsible, prolongación de la detención no legal.

137

## Parot Doctrine: Some keys to understand ECHR Judgments in case of Del Río Prada v. Spain

### Abstract

A recent ECHR Judgement, holding a violation of Article 7 and a violation of Article 5.1 of the Convention) by Spain has received widespread media coverage. A new precedent set by the Spanish Supreme Court (known as Parot Doctrine) changed the method to apply remissions of sentence for work done in detention, postponing the date of final release in several years. Retroactive application of such precedent has been held a violation of article 5 and Article 7 of the Convention by ECHR. This article provides some keys to understand why Parot Doctrine was developed and ECHR Judgments.

### Keywords

Parot Doctrine, European Court of Human Rights (ECHR), article 7 of the Convention, retroactive application of precedent (case-law) not reasonably foreseeable, detention not “lawful”.

## 1. La gestación de la denominada “Doctrina Parot”

1.1. Henri Parot fue condenado en un total de veintiséis sentencias dictadas entre los años 1990 y 1996 a múltiples penas de prisión (cuya mera suma aritmética era de más de 4.000 años), como autor de múltiples delitos de asesinato, atentado, lesiones, pertenencia a banda armada y otros (depósito de armas, falsificación de documentos, tenencia de explosivos...), por hechos ocurridos entre enero de 1979 y abril de 1990.

Una vez firmes todas las condenas, el Sr. Parot solicitó la aplicación de la regla 2<sup>a</sup> del artículo 70 CP, texto refundido de 1973, vigente en el momento de la comisión de los hechos, esto es, la acumulación de las condenas y la aplicación del límite máximo de cumplimiento establecido en dicho precepto (triplo de la pena más grave de las impuestas y, en todo caso, treinta años), por entender que todos los delitos eran susceptibles de haber sido enjuiciados en un único proceso<sup>1</sup>.

En día 26 de abril de 2005, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un Auto en el que acordaba la acumulación de las condenas, pero no en los términos solicitados por el condenado, sino –conforme a la propuesta del Ministerio Fiscal– agrupando las condenas en dos bloques y realizando dos acumulaciones, para cada una de las cuales fija el límite máximo de cumplimiento de treinta años (30+30).

Esta sorprendente decisión del órgano judicial se sustenta en que –conforme a lo argumentado por el Ministerio Fiscal– en el largo periodo de tiempo en que el condenado cometió sus actividades delictivas pueden distinguirse dos períodos, en los que actuó en dos comandos distintos: el primero de ellos desde enero de 1979 hasta abril de 1982 y el segundo, desde el año 1984 hasta la fecha de su detención el 2 de abril de 1990. En el periodo intermedio (de 1982 a 1984) había interrumpido su actividad delictiva. Es esa interrupción la que permite formar dos bloques de condenas, a cada uno de los cuales se le aplica la limitación penológica de treinta años prevista en el art. 70 regla segunda del CP 1973.

Me parece importante destacar este dato porque revela hasta qué punto en este asunto la inequívoca voluntad de la Fiscalía y de los órganos judiciales era impedir la aplicación de las reglas vigentes hasta ese momento en relación con la ejecución de la pena. Sólo haré una consideración al respecto para demostrar lo absurdo de tal modo de argumentar y decidir: de las razones expuestas por el Fiscal y asumidas por la Audiencia Nacional se desprende que si el Sr. Parot no hubiera cesado durante dos años en su actividad delictiva –y, por tanto, hubiera seguido cometiendo atentados y asesinatos ininterrumpidamente– el máximo de cumplimiento sí sería de 30 años, en vez de los 60 (30+30) establecidos por la Audiencia. De hecho esta es una de las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo

<sup>1</sup> El tenor literal del citado precepto era el siguiente: *Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes:*

*1.<sup>a</sup> En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido. (...)*

*2.<sup>a</sup> No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.*

*La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.*

para revocar la resolución de la Audiencia Nacional y acumular todas las penas con la limitación de treinta años.

1.2. En efecto, el Sr. Parot interpuso recurso de casación contra el Auto de la Audiencia Nacional, que fue estimado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la STS 197/2006, de 28 de febrero. En el Fundamento Jurídico Quinto de dicha Sentencia se afirma que la desconexión temporal “carece de cualquier fundamento” y que “ni tiene anclaje en la ley (art. 70.2<sup>a</sup> CP 1973), ni en la jurisprudencia de esta Sala Casacional que la interpreta” y se añade: “lo equivocado de tal interpretación resulta de que si Henri Parot hubiera seguido cometiendo atentados ininterrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Lo desacertado de tal interpretación resulta, por tanto, patente”.

Ahora bien, si la STC 196/2006, de 28 de febrero se hubiera limitado a revocar el Auto de la Audiencia Nacional y a acumular todas las penas con el límite de treinta años de prisión no habría existido la “doctrina Parot”. Sin embargo, el Tribunal Supremo hace algo más. Desbordando, en mi opinión, el objeto del proceso e incurriendo claramente en una incongruencia *extra petitum* –esto es, pronunciándose acerca de algo que nadie le había solicitado y que no constituía el objeto del proceso<sup>2</sup>– estableció un nuevo criterio de cómputo de las redenciones de penas por trabajo (art. 100 CP 1973), que se descontarían no del máximo de cumplimiento como hasta entonces venía haciéndose, sino de cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, comenzando por las de mayor gravedad; una vez extinguida la primera condena, se comienza a dar cumplimiento a la siguiente (a la que se descuentan las redenciones) y así sucesivamente hasta alcanzar los límites del art. 70.2 CP (normalmente treinta años). Nace así la “doctrina Parot”, que a partir de ese momento se aplicará no sólo al caso resuelto por la STS 197/2006, sino a todos los presos condenados en aplicación del CP 1973, a los que se les hubiera aplicado el máximo de cumplimiento previsto en el art. 70.2<sup>a</sup> CP 1973 y que hubieran obtenido redención de penas por trabajo. Entre otros, a la Sra. Del Río Prada, quien había obtenido 3.282 días de redención, que restados del límite máximo de 30 años determinaban su puesta en libertad el día 2 de julio de 2008, según la hoja de cálculo del Centro Penitenciario en el que cumplía condena. Sin embargo, en aplicación de la nueva doctrina, la Audiencia Nacional ordenó al Centro Penitenciario realizar un nuevo cálculo, que retrasaba su puesta en libertad hasta el año 2017.

Con anterioridad y sin excepción alguna hasta ese momento<sup>3</sup>, las autoridades judiciales y penitenciarias encargadas de la ejecución de las penas descontaban los días redimidos por trabajo del límite máximo de cumplimiento una vez operada la refundición de condenas que fijaba el límite máximo (art. 70.2 CP). Dicho límite se consideraba una nueva pena, a la que se aplicaban no sólo las

<sup>2</sup> De hecho, cuando el Sr. Parot acude en amparo ante el Tribunal Constitucional alega, entre otras vulneraciones de derechos fundamentales, la del art. 24.1 CE por incongruencia *extra petitum*. Dicha vulneración –concurrente en mi opinión– debió sin embargo haberse denunciado ante el propio Tribunal Supremo mediante la interposición del preceptivo incidente de nulidad de actuación, previsto en el art. 241.1 LOPJ, para un correcto agotamiento de la vía judicial ordinaria previa al amparo. Al no haberse interpuesto el incidente, el recurso de amparo fue inadmitido por ATC 179/2010, de 29 de noviembre.

<sup>3</sup> Esta afirmación no se discute ni siquiera por el propio Tribunal Supremo y se defiende unánimemente en la doctrina. Cfr., entre otros muchos, Alcácer (2012: 931); Gómez Benítez (2013); Manzanares Samaniego (2011: 7/16); Sanz Morán (2006: 32-33); Vives Antón (2006).

redenciones, sino todos los beneficios penitenciarios. Un criterio avalado, además, por algunos inequívocos pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>4</sup>.

En primer lugar, y como se reconoce en la propia STS 197/2006, por la STS de 8 de marzo de 1994. Una Sentencia en la que el Tribunal Supremo revoca un pronunciamiento de la Sentencia condenatoria de instancia (que fijaba el límite máximo de cumplimiento en treinta años, pero estableciendo que los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se computarían sobre el tiempo total de la condena y no sobre ese límite máximo), argumentando del siguiente modo: “Se olvida por el Tribunal de instancia que la pena señalada en el art. 70.2<sup>a</sup> CP, el límite de treinta años en este caso, opera ya como una nueva pena, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley, como son la libertad condicional y la redención de penas. Se trata de una interpretación realizada por el órgano *a quo contra reo* y que por ello debe proscribirse. El art. 59 del Reglamento Penitenciario no parece apoyar la interpretación de la Sala de instancia, pues se refiere a la pena impuesta que la suma penimétrica es considerada como una nueva sanción. Sobre la pena resultante, que podría ser el triple de la más grave o bien el límite de treinta años, cuando aquél exceda de ese límite, es donde deben operar los beneficios penitenciarios y no distinguir donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el art. 25.2 CE”. En la misma línea, aunque en relación con penas acumuladas conforme al nuevo CP 1995, las SSTC de 15 de septiembre de 2005 y de 14 de octubre de 2005 reiteran que la pena acumulada opera “como una nueva pena resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley”.

Pese a la contundencia del precedente, en la STS 197/2006 se afirma –por el contrario- y sobre la base de una serie de razones gramaticales y sistemáticas, así como de consideraciones de índole político-criminal, que sin duda tienen un enorme peso en el giro jurisprudencial<sup>5</sup>, que “el límite máximo de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo ...sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario”, límite que se referiría al total de condena a cumplir efectivamente y no a las penas impuestas.

<sup>4</sup> Ha de tenerse en cuenta que las liquidaciones de condena, cómputo de beneficios y licenciamiento definitivo de los penados (que es el momento en el que se materializaba el cómputo de las redenciones de penas por trabajo) no son cuestiones que habitualmente llegaran a conocimiento del Tribunal Supremo, puesto que quien decide es el órgano encargado de la ejecución y frente a sus decisiones el recurso legalmente previsto es un recurso de súplica ante el mismo órgano. El caso Parot llega al Tribunal Supremo porque se trata de un supuesto de refundición o acumulación de condenas, cuestión que sí tiene acceso a la casación, como expresamente prevé el art. 988 LECrim. De hecho, el Tribunal Supremo no admitió casación contra los decisiones de los Tribunales sentenciadores relativas al licenciamiento definitivo, hasta que en el Auto de 7 de abril de 2008 cambió su criterio y admitió el recurso de casación del Ministerio Fiscal en el caso del violador del Vall d'Hebron, revocando la decisión de la Audiencia provincial de Barcelona de no aplicar al caso la doctrina Parot. Argumenta el Tribunal Supremo que el art. 988 de la ley procesal sí permite la interposición del recurso de casación siempre que se cuestione la fecha de licenciamiento definitivo de penas acumuladas y ello afecte al periodo máximo de cumplimiento.

Además, y hasta su introducción en la LO 5/2003, de 27 de mayo, no existía un recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario.

<sup>5</sup> Como pone de relieve Landa Gorostiza (2012: 3), “la denominada doctrina Parot es una manifestación particular de la creciente agitación que reina en el tratamiento jurídico-penal de la criminalidad más grave. Su génesis se enmarca, en primer lugar, en el campo de tensión político-criminal entre, por un lado, la máxima pena que el sistema de justicia penal puede legítimamente administrar de conformidad con los principios de un Estado social y democrático de Derecho y, por otro lado, las crecientes demandas punitivas que apuntan a encarcelamientos tendencialmente más prolongados en el tiempo, en regímenes de cumplimiento más duros, e incluso a un renacer de la prisión perpetua o la pena de muerte”.

Por tanto, “las penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a que tenga derecho”, entre ellos los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 CP 1973. Y se explica del siguiente modo la forma de cumplimiento de la condena total: “se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.<sup>6</sup>

1.3. ¿Cuáles son los efectos que este cambio de doctrina trae consigo? La nueva doctrina introduce un nuevo criterio de cómputo de las redenciones, desfavorable para el reo, que se aplica retroactivamente, y que, *de facto*, significa el cumplimiento efectivo del máximo de treinta años de prisión cuando la suma de las condenas es superior a cuarenta y cinco años y la pérdida de todo efecto útil de las redenciones ya obtenidas en la práctica totalidad de los casos a los que se aplica<sup>7</sup>. En definitiva, y por vía interpretativa jurisprudencial, se excluye del beneficio –sin base legal alguna, pues el art. 100 no excluía de su ámbito de aplicación ningún tipo delito ni de delincuente– a todos los condenados que se encuentren en esa situación.

Y esa “interpretación” se realiza en un momento en que la norma interpretada había sido ya derogada, habiéndose suprimido la redención de penas por el trabajo en el CP de 1995, que establece en el art. 78 el que se ha venido a denominar “cumplimiento efectivo de las penas”. Como señala Vives Antón (2006) “cabe preguntarse si los jueces (...) pueden adoptar una norma interpretativa que la ley no hubiera podido hacer suya sin incurrir en inconstitucionalidad”. En efecto, nadie discute que si una ley hubiera establecido semejante previsión, no hubiera podido aplicarse retroactivamente sin infringir la prohibición de retroactividad desfavorable consagrada en la Constitución. “Como según la Constitución española” –continúa Tomás Vives– “los jueces están sometidos al imperio de la ley, parece difícil entender que puedan regular materias de modo que a la ley le estarían constitucionalmente vedadas.”

Por otra parte, y a consecuencia de ello, se defraudan las expectativas de los condenados de obtener la libertad en un determinado momento (normalmente hay muchos años de diferencia, hasta once, entre uno y otro cómputo), fundadas en una interpretación y aplicación jurisprudencial inequívoca y unánime y en actos igualmente inequívocos de la Administración penitenciaria, reflejados en las liquidaciones provisionales de condena periódicamente elaboradas y, en muchos casos, incluso en la propuesta de licenciamiento definitivo elevada al órgano judicial encargado de la ejecución. En definitiva, se cambian las “reglas del juego” en el cómputo de la pena cumplida, prolongando la estancia en prisión de quienes ya tenían cumplida su pena de acuerdo con las reglas aplicadas hasta ese momento en la ejecución de sus condenas.

<sup>6</sup> STS 197/2006, de 28 de febrero, FJ Cuarto.

<sup>7</sup> En palabras de un jurista penitenciario, que actuó como asesor del Gobierno ante la Gran Sala del TEDH, según consta en la Sentencia dictada por ésta: “La doctrina Parot no es otra cosa que un criterio interpretativo (...) que supone el cumplimiento íntegro de la pena máxima permitida por la ley - 30 años- en el CP de 1973. Para conseguirlo la fórmula consiste en aplicar los beneficios penitenciarios al total de la condena impuesta, empezando a restar de cada condena en particular y no desde el límite” (Nistal Burón, 2013: 4).

Todos estos datos –junto a la existencia de una práctica penitenciaria y judicial, avalada por el propio Tribunal Supremo, radicalmente opuesta e inequívoca a lo largo de toda la vigencia del CP 1973- son tomados en consideración en la Sentencias del Tribunal Europeo y son clave para entenderlas. Unos datos que, por lo demás, no habían pasado por alto al menos los tres magistrados del Tribunal Supremo que formularon un contundente voto particular a la Sentencia<sup>8</sup>. Un voto que comienza afirmando la discrepancia del criterio de la mayoría, porque “lo que se propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2<sup>a</sup> del artículo 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo”. Y en el que, tras recordar que “la irretroactividad de la ley penal desfavorable es un dogma intangible del Estado de Derecho”, se afirma literalmente que la citada interpretación es “una verdadera reescritura del texto del art. 70.2<sup>a</sup> del Código Penal de 1973”, ... “que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita -y retroactiva en perjuicio del reo- el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003”.

## **2. ¿Era conforme a la Constitución la “doctrina Parot”? La decisión del Tribunal Constitucional**

2.1. A la vista de lo que acaba de exponerse, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenando a España era no sólo previsible, sino la única que cabía esperar, si hablamos en términos estrictamente jurídicos<sup>9</sup>.

Aunque esta decisión no se hubiera producido si las propias instancias internas –en concreto, el Tribunal Constitucional- hubiesen declarado incompatible con la Constitución la “doctrina Parot”. Ciertamente el Tribunal Supremo es el máximo intérprete de la legalidad, pero el Tribunal Constitucional lo es de la Constitución. Una Constitución que consagra el derecho a la libertad, del que nadie puede ser privado sino “en los casos y formas previstos por la ley” (art. 17.1 CE) y el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); y que garantiza en su artículo 9 no sólo este principio, sino también la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad. Una Constitución que consagra la división de poderes y afirma que los jueces y Tribunales están sujetos al imperio de la ley y que entre sus funciones se encuentra exclusivamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE), no el diseño de la política criminal, que corresponde en exclusiva al legislador.

142

Y señaló todo esto para poner de manifiesto algo evidente: que la denominada “doctrina Parot” tenía mucho que ver con la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, tras haber inadmitido por Auto el recurso de amparo interpuesto contra la STC 197/2006<sup>10</sup>, y elevado al conocimiento del Pleno un importante número de recursos de amparo interpuestos por muchos de los afectados por la aplicación de la doctrina, el día 29 de marzo de 2012, avaló sustancialmente la constitucionalidad de “doctrina Parot”, al resolver simultáneamente treinta y un recursos de amparo, dictando veinticinco Sentencias desestimatorias, tres Sentencias de inadmisión y tres Sentencias estimatorias<sup>11</sup>. Una

<sup>8</sup> Los firmantes del voto particular discrepante son los Magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>9</sup> Cfr. Rodríguez Montañés (2013).

<sup>10</sup> ATC 179/2010, de 29 de noviembre. Cfr. *supra* nota 2.

<sup>11</sup> La primera de las Sentencias, cuya doctrina sirve de guía para la resolución de los restantes supuestos, es la STC 39/2012, de 29 de marzo. Tanto esta Sentencia, como las STC 57/2012 y 62/2012, estiman los recursos de amparo. Acuerdan la inadmisión al apreciar el óbice procesal de falta de agotamiento, las SSTC 58/2012; 60/2012 y 63/2012, todas ellas de 29 de marzo. Y desestiman el recurso las SSTC 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 64, 65, 66, 67, 68 y 69/2012. Posteriormente se dictaron nuevas Sentencias desestimatorias (SSTC 108/2012, de

decisión que –sin embargo– no fue adoptada por unanimidad, sino que se formularon votos particulares discrepantes por cinco de los once magistrados integrantes del Pleno, lo que da idea de hasta qué punto el fallo del Tribunal estaba muy lejos de ser no ya unánime, sino ni siquiera ampliamente mayoritario.

Especialmente significativos –y premonitorios– son los veintisiete Votos de la Magistrada Adela Asúa (quien defendió, con una minuciosa y contundente argumentación, en ocasiones reproducida en el razonamiento de la sentencia de la Gran Sala del TEDH, la existencia de una vulneración tanto del art. 25.1 como del art. 17 en todos los casos, afirmando que la interpretación del Tribunal Supremo era imprevisible y manifiestamente contraria a las exigencias de seguridad jurídica derivadas del principio de legalidad, argumentando muy sólidamente por qué las redenciones habían de entenderse como parte del sistema de definición legal de la pena en el CP 1973) y los tres votos del Magistrado Pablo Pérez Tremps (quien sostuvo la existencia de una vulneración en todos los casos del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE, afirmando que la interpretación del Tribunal Supremo era sorpresiva e imprevisible y que vulneraba las exigencias de previsibilidad y certeza y de calidad de la ley derivadas del derecho a la libertad).

Esas eran, en mi opinión, las dos aproximaciones al problema constitucionalmente rigurosas, que responden a lo que podríamos llamar perspectiva *ex ante* y perspectiva *ex post delictum*. Tanto el art. 25.1 como el art. 17.1 CE hacen referencia a la ley: en relación con las exigencias de la definición legal de la pena a imponer, el primero; y en relación con la legitimidad de la privación de libertad derivada del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el segundo. Si la redención de penas por el trabajo consagrada en el art. 100 CP 1973 y su cómputo al máximo de cumplimiento pertenecen a la definición legal de la pena (como sostiene la Magistrada Asúa), entonces el problema constitucional era indiscutiblemente de legalidad (art. 25.1 CE). Pero si ello no fuera así –y tal vez no era inequívocamente así–, entonces el problema no desaparece, sino que ha de ubicarse en el ámbito de protección constitucional del art. 17 CE, que establece que nadie podrá ser privado de su libertad sino en los casos y formas previstos por la ley. Ley que tiene exigencias de previsibilidad, certeza y calidad que no son menores a las del art. 25.1 CE, como se pone de relieve en el voto del Magistrado Pérez Tremps y en la jurisprudencia del TEDH. En ambos casos, el cambio de criterio desfavorable e imprevisible para los destinatarios que inequívocamente lleva a cabo la doctrina Parot no podía ser aplicado retroactivamente sin menoscabo de las exigencias constitucionales consagradas en uno u otro precepto.

2.2. Pero volvamos a la opinión de la mayoría y a las Sentencias de 29 de marzo de 2012. En todas ellas, rechaza el Tribunal Constitucional que exista vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por tratarse de una cuestión relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad, y no a su definición legal, y no haberse superado los máximos de cumplimiento legalmente previstos, remitiéndose en este punto a la Jurisprudencia del propio TEDH conforme a la cual las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio, aunque puede afectar al derecho a la libertad<sup>12</sup>.

21 de mayo y 114/2012, de 24 de junio) y de inadmisión (SSTC128/2012, de 18 de junio y 152/2012, de 16 de julio. Cfr. al respecto, Alcacer (2012: 933-935); Ortega Carballo (2012: 305).

<sup>12</sup> STC 39/32012, de 29 de marzo, FJ 3: “En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y

Rechaza igualmente que exista aplicación retroactiva de norma desfavorable (art. 78 CP 1995), como alegaban los recurrentes<sup>13</sup>, y tras afirmar que los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución han de ser analizados desde otras perspectivas, entre otras la del principio de igualdad (art. 14 CE), rechaza también la vulneración de éste<sup>14</sup>.

Sentado lo anterior, y tras afirmar que el objeto del recurso no es la STS 197/2006, de 28 de febrero, ni la interpretación de la legalidad ordinaria en ella sentada por el Tribunal Supremo (lo que ha excluido previamente al rechazar que nos encontremos ante un problema de principio de legalidad) se reconduce el problema constitucional al análisis de las resoluciones judiciales que, en cada caso, deniegan el licenciamiento definitivo que correspondería en aplicación del antiguo

---

la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto.” En esa misma línea —y en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio, aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia, § 51, en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*, Hogben contra Reino Unido, núm. 11653-1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, Gurguchiani c. España, § 31, afirma que “la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7”.

<sup>13</sup> STC 39/2012, de 29 de marzo, FJ 3: “También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003, precepto en el que el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador “podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas” (art. 78.1 CP). Prescribiendo, en relación a supuestos de acumulación de varias penas especialmente graves la obligatoriedad de realizar ese cómputo referido a la totalidad de las penas impuestas; preceptividad que, sin embargo, admite algunas excepciones (art. 78.2 y 3 del Código penal actual). Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la redención de penas por trabajo, puesto que dicha redención desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica, pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25.1 CE tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9)”.

<sup>14</sup> STC 39/2012, de 29 de marzo, FJ 3: “Como señala el Ministerio Fiscal, las resoluciones impugnadas, dictadas por la Audiencia Nacional, se limitan a aplicar la doctrina sentada por otro órgano judicial, el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la ley, justificando el cambio de criterio en el cómputo de las redenciones de penas por el trabajo, frente a otros supuestos resueltos con anterioridad, precisamente en aplicación de esa doctrina del Tribunal Supremo. No puede apreciarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia (SSTC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 23; 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3; 96/2006, de 27 de marzo, FJ 4; y 2/2007, de 15 de enero, FJ 2)”.

sistema de cómputo de las redenciones de pena y realizan u ordenan realizar un nuevo cómputo, conforme a la nueva doctrina.

En este punto, cabría esperar que el Tribunal Constitucional –como apuntó al rechazar la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal y como parece apuntar cuando afirma, citando su propia jurisprudencia, que la redención de penas por el trabajo afecta directamente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE– se planteara un análisis riguroso al menos de la existencia de una vulneración autónoma del derecho a la libertad.

En efecto, la jurisprudencia constitucional expresamente ha afirmado que la redención de penas por el trabajo afecta directamente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17 CE, ya que el periodo de privación de la misma depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 CP 1973 (SSTC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 4; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 186/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 76/2004, de 26 de abril, FJ 5). Y también ha afirmado que no resulta admisible que la cuantía total del beneficio esté siempre pendiente de ulterior modificación por variación de los criterios del Juez (STC 174/1989, FJ 4). Además, y dado que el derecho reconocido en el art. 17.1 CE permite la privación de libertad sólo “en los casos y en las formas previstos por la Ley”, el TC ha afirmado que no puede excluirse que se vulnere este derecho como consecuencia de la forma de ejecución de la condena en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión, por inobservancia de las disposiciones legales respecto al cumplimiento sucesivo o en su caso refundido de las distintas condenas que pudiera reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que suponga un alargamiento ilegítimo de dicha permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad (SSTC 147/1988, de 14 de julio, FJ 2; 130/1996, de 9 de julio, FJ 2).

Sin embargo, tal análisis no se hace, sino que el problema constitucional del caso se desdibuja por completo, reconduciéndolo al análisis de la “vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes”. Una aproximación al problema demasiado estrecha y que lleva a resultados muy insatisfactorios.

Ciertamente en alguno de los casos analizados –en concreto, en los tres estimados<sup>15</sup>– existía un problema de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, pues existían en las Ejecutorias resoluciones judiciales firmes que incorporaban el criterio de cómputo de las redenciones anterior a la “doctrina Parot”. Pero limitar el problema constitucional que planteaba la “doctrina Parot” a esto y, en consecuencia, desestimar todos los restantes amparos, concluyendo que no había ninguna exigencia constitucional que impidiera aplicar el nuevo criterio de cómputo establecido por el Tribunal Supremo, simplemente porque no existía en cada una de esas Ejecutoria una resolución judicial de la que pudiese predicarse tal efecto de

<sup>15</sup> El tercero de los casos estimados, resuelto por la STC 62/2012, de 29 de marzo, concede el amparo porque el órgano judicial de ejecución había modificado la fecha de licenciamiento aplicando la doctrina Parot y retrasando la fecha hasta el 16 de noviembre de 2017 después de haber aprobado él mismo, mediante una providencia previa que había adquirido firmeza, el licenciamiento definitivo para el día 19 de noviembre de 2008. Se trataba, pues, de un caso flagrante de intangibilidad pura, diferente del resto de los resueltos por el Pleno del Tribunal.

intangibilidad respecto del criterio de cómputo de las redenciones de pena por trabajo, supone lisa y llanamente no querer enfrentarse al problema<sup>16</sup>.

La aproximación adoptada por el Tribunal olvida que durante la ejecución de la pena no es el Tribunal sentenciador el que se encarga de facto de la ejecución (de hecho, una vez realizada la acumulación, la causa se archiva provisionalmente hasta que llega el momento de aprobar el licenciamiento; sólo excepcionalmente, en casos de revisión de condena como el derivado de la sucesión normativa, interviene el Tribunal sentenciador). Son los Centros penitenciarios y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria los que lo hacen. Y eran los Centros penitenciarios los que realizaban propuestas de redención de penas (proponen al Juez de Vigilancia la reducción de la condena por el trabajo penitenciario) y el Juez de Vigilancia quien aprobaba o modificaba la propuesta de la Administración. Una vez aprobadas las redenciones, forman parte del “patrimonio penitenciario del penado”, la administración penitenciaria anotaba la concesión en el expediente del interno y practicaba periódicamente liquidaciones provisionales en las que se hacía constar el tiempo cumplido y el que quedaba por cumplir, teniendo en cuenta no sólo los días de cumplimiento efectivo, sino los días redimidos por trabajo, descontados siempre de la pena acumulada. Eso sí ocurría en todos los casos y debió valorarse, al menos, desde las exigencias del derecho a la libertad (art. 17 CE, art. 5 Convenio Europeo). Pero no se hizo aun habiendo constancia de que algunos de los afectados por la aplicación de la doctrina habían acudido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia difícilmente permitía afirmar que aquí no había ningún problema relacionado con los derechos fundamentales de los afectados.

### **3. La doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

3.1. Como es bien sabido, la doctrina Parot fue finalmente declarada contraria a los derechos a la legalidad y a la libertad consagrados en los artículos 7 y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no en un caso llamado Parot contra España, sino en el caso Del Río Prada contra España<sup>17</sup>. Y dicha declaración se produce no en una sino en dos Sentencias, dictadas respectivamente por la Sección Tercera y por la Gran Sala del Tribunal.

146

La demandante (Inés del Río Prada) era una de los muchos presos de ETA a los que se les aplicó la “doctrina Parot” pocas semanas antes de la fecha en que debió ser puesta en libertad. En concreto, el Centro Penitenciario en el que cumplía su condena realizó el 24 de abril de 2008 una propuesta de licenciamiento definitivo, señalando el día 2 de julio de 2008 como fecha para su puesta en libertad, considerando las redenciones de pena por trabajo (3.282 días) como días de cumplimiento a descontar del límite máximo de treinta años. La Audiencia Nacional, sin embargo, no aprobó el licenciamiento propuesto, sino que ordenó realizar un nuevo cálculo con el nuevo criterio establecido en la STS 197/2006, y posteriormente, en atención al nuevo cálculo, por Auto de 23 de junio de 2008 fijo como fecha de puesta en libertad el 27 de junio de 2017, casi nueve años más tarde.

---

<sup>16</sup> En sentido similar, el voto particular concurrente de la Magistrada Adela Asúa a la STC 39/2012, de 29 de marzo, en el que se califica el razonamiento de la mayoría de “formalista”, afirmando que “deja en la penumbra la realidad jurídica incontestable antes relatada: la aplicación general de las reglas del art. 100 para el cómputo del tiempo de pena cumplida, sin excepción alguna, en las previsiones del sistema penal enmarcado en la vigencia del Código de 1973”.

<sup>17</sup> Caso del Río Prada contra España, Sentencia de 10 de julio de 2012 y Sentencia de la Gran Sala de 21 de octubre de 2013.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de súplica ante la Audiencia Nacional y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, inadmitido por providencia de 17 de febrero de 2009, por insuficiente justificación de la trascendencia constitucional.

Agotada la vía interna, la demandante interpone un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el día 3 de agosto de 2009.

3.2. El día 10 de julio de 2012 (pocos meses después de que el Tribunal Constitucional avalara la doctrina, como acaba de exponerse), la Sección Tercera del TEDH, dictó una Sentencia condenando a España por violación de los artículos 5.1 y 7 del Convenio.

Como punto de partida de su valoración en relación con la garantía consagrada en el art. 7 del Convenio, recuerda el Tribunal que el principio de legalidad de delitos y penas es un elemento esencial de la preeminencia del derecho, que no puede ser derogado ni siquiera en tiempos de guerra o de cualquier peligro público (§ 45). De conformidad con su jurisprudencia, distingue el Tribunal entre medidas que constituyen esencialmente una pena y medidas relacionadas con la aplicación o ejecución de la pena, recordando que sólo las primeras gozan de la protección del art. 7, y recordando también que la distinción entre ambas categorías no siempre es clara en la práctica (§ 48).

A continuación, la Sentencia analiza si, en atención a las circunstancias del caso, el criterio del cómputo de las redenciones de pena por el trabajo forma o no parte de la definición de la “pena” impuesta a la demandante o concernía sólo a la ejecución de la misma. Tras examinar el tenor literal del art. 100 CP 1973 –que no contenía ninguna regla específica al respecto– y constatar cuál era la práctica interpretativa (tomando en consideración tanto la actuación de las autoridades penitenciarias de acuerdo con las judiciales como la jurisprudencia anterior del propio Tribunal Supremo, §§ 53 y 54), concluye la Sala que “en el momento en que la demandante cometió los delitos y también cuando se dictó la decisión sobre la acumulación de penas, la legislación española, tomada en su conjunto, incluida la jurisprudencia, estaba formulada con la precisión suficiente para permitir a la demandante discernir (...) el alcance de la pena impuesta y las circunstancias de su ejecución”, a diferencia de lo que sucedía en el caso Kafkaris c. Chipre (§ 55). Y que el nuevo modo de cálculo de la redención de penas derivado del giro jurisprudencial del Tribunal Supremo no concernía sólo a la ejecución de la pena impuesta. “Se trató de medida que tuvo igualmente un impacto decisivo sobre el alcance de la pena impuesta a la demandante, llevando en la práctica a prolongar en casi nueve años la condena a cumplir” (§59).

Ubicado el problema en el ámbito de protección del art. 7, se analiza a continuación si el cambio jurisprudencial resultaba o no “razonablemente previsible” para la demandante, llegando a la conclusión de que “era difícil, prácticamente imposible” prever el cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en el momento de los hechos, ni en el momento de la acumulación (§ 63), por lo que considera que existió violación del art. 7 del Convenio (§ 64). A esa conclusión llega tras constatar que no existía jurisprudencia previa a la STS 197/2006 en el mismo sentido; que la práctica penitenciaria y judicial aplicaba siempre el criterio establecido anteriormente por el propio Tribunal Supremo en la STC de 8 de marzo de 1994; que la nueva jurisprudencia “dejó sin sentido las remisiones de penas por trabajo”, implicando de hecho que debía cumplir treinta años de prisión efectiva; que el giro jurisprudencial se produce después de la entrada en vigor de un nuevo Código penal de 1995, que abolió las redenciones de penas por trabajo y estableció

en el art. 78 reglas más duras para el cálculo de los beneficios penitenciarios para presos condenados a múltiples penas de prisión. Y recuerda al respecto que “los tribunales internos no podrían aplicar retroactivamente y en perjuicio del interesado el espíritu de los cambios legislativos producidos después de la comisión del delito” (§ 62). Los datos eran evidentes y contundentes y así lo pone de relieve el TEDH.

3.2.2. Seguidamente la Sala se ocupa de la denunciada vulneración del art. 5 del Convenio. Y aunque en su argumentación se hace una referencia previa al contenido de este precepto y a las exigencias de la “legalidad de la reclusión” y la “calidad de la ley” que autoriza una privación de libertad, nada de ello parece tener trascendencia real en el caso. La Sentencia se limita a afirmar que ha de analizar si la duración real de la privación de libertad era suficientemente previsible para la demandante, y concluye que ello no era así tomando en consideración las mismas razones que la han llevado a constatar la vulneración del art. 7, afirmando que la recurrente “en la época de los hechos, no podía prever de manera razonable que la duración real de su privación de libertad se prolongaría en casi nueve años, dejando sin sentido las remisiones de pena por trabajo a las que tenía derecho” (...) “En particular no podía prever en el momento de la acumulación de todas sus penas, que el método de cálculo de estas redenciones de condena sería objeto de un giro jurisprudencial del Tribunal Supremo en 2006 y que este cambio se le aplicaría retroactivamente (§74). En definitiva, como consecuencia derivada de la vulneración del art. 7, el Tribunal concluye que desde el día 3 de julio de 2008 (fecha en que debió ser puesta en libertad con arreglo al sistema de cómputo de las redenciones anterior a la STC 197/2006) la privación de libertad no fue “regular”, por lo que se ha vulnerado igualmente el art. 5.1 del Convenio.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal condena al Estado a abonar a la demandante la cantidad de 30.000 euros en concepto de daño moral y declara “que es responsabilidad del Estado demandado garantizar la puesta en libertad de la demandante en el más breve tiempo posible” (§ 83).

148

3.3. El Gobierno español solicitó que el caso fuera remitido a la Gran Sala del Tribunal al amparo del artículo 43 del Convenio, lo que fue aceptado por la Gran Sala.

El día 21 de octubre de 2013, la Gran Sala del Tribunal Europeo ratifica la existencia de las vulneraciones de los artículos 7 y 5 del Convenio. La declaración de la vulneración del art. 5.1 (la privación de la libertad de la demandante no ha sido legal) se adopta por unanimidad, mientras que la declaración de vulneración del art. 7 de Convenio se adopta por quince votos a favor y dos en contra.

Aunque la Gran Sala asume los pronunciamientos y sustancialmente los razonamientos de la Sentencia de la Sección Tercera, su construcción es más sólida y matizada, mejor articulada. Además, por lo que respecta a la declaración de violación del art. 5.1 del Convenio, la misma no se hace derivar directamente de la declarada violación del derecho a la legalidad, sino que se construye autónomamente.

3.3.1. La Gran Sala articula su discurso en relación al principio de legalidad en torno a tres pilares: el alcance del principio de legalidad en general; el concepto de pena y su alcance y la previsibilidad de la ley penal (incluyendo ésta tanto el derecho de origen legislativo como de origen jurisprudencial).

Tras recordar la importancia y alcance del principio de legalidad y el alcance del concepto de pena (diferenciándolo de las medidas que se refieren a la ejecución

o aplicación de la pena, que no forman parte de éste en el sentido del art. 7, a través de un minucioso análisis de la jurisprudencia), el Tribunal declara que es posible “que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la ‘pena’ impuesta por el tribunal sentenciador”. Y que cuando esto ocurre, “dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 *in fine* del Convenio. De otra manera, los Estados serían libres – modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo – de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas *ex post facto* en su detrimento. El Tribunal quiere señalar que dichos cambios deben distinguirse de aquellos realizados en la forma de ejecución de la condena, que no están comprendidos en el ámbito del artículo 7.1 *in fine*” (§ 89). Y para determinar si una medida adoptada durante la ejecución se refiere sólo a la forma de ejecución o afecta a su alcance, el Tribunal considera necesario examinar la “naturaleza intrínseca” de la pena impuesta teniendo en cuenta la ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en tal momento. Recordando a continuación el esencial papel de la jurisprudencia en la definición de los delitos y las penas a través de la interpretación de las leyes penales, pudiendo incluso declararse la existencia de una vulneración del art. 7 derivada de la ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible (§ 93).

La aplicación de tales principios generales al caso lleva a la Gran Sala a cuestionarse cuál era el alcance de la pena impuesta en el derecho interno, teniendo en cuenta para ello no sólo el texto de la ley, sino también la jurisprudencia y la práctica interpretativa y si dicho alcance estaba definido en condiciones de accesibilidad y previsibilidad. Y en este punto concluye, al igual que la Sala, que pese a las posibles ambigüedades de la ley, el Derecho español aplicable, en su conjunto, incluida la jurisprudencia, estaba formulado con suficiente precisión para permitir a la demandante discernir el alcance de su condena: una condena que equivalía a una duración máxima de treinta años establecido por el art. 70.2, sobre la que se computaban (descontándolas) las redenciones de pena por trabajo en prisión (§ 103). A tal conclusión se llega tras constatar que las autoridades penitenciarias y judiciales computaban siempre la redención de penas por el trabajo sobre la duración máxima de la pena a cumplir establecida en el art. 70.2 CP 1973, una interpretación avalada por el propio Tribunal Supremo en el año 1994; que se le había aplicado a la recurrente al comparar las penas previstas en el CP de 1973 y en el CP de 1995, para determinar cuál de las dos leyes era la más favorable; y que dicha práctica había sido aplicada a numerosísimas personas condenadas con arreglo al CP de 1973 posible” (§ 98). Por tanto, afirma la Gran Sala que “la demandante ha podido creer, mientras cumplía su pena de prisión (y en particular después de la resolución de acumulación y límite máximo adoptada por la Audiencia Nacional el 30 de noviembre de 2000) que la pena impuesta era la resultante de la duración máxima de treinta años, de la cual había que deducir las redenciones de pena a otorgar por el trabajo en prisión” (§ 100).

En un segundo momento, se cuestiona la Gran Sala si la aplicación de la doctrina Parot modifica el alcance de la ejecución o el de la pena misma, concluyendo que modifica el alcance de la pena impuesta, pues privó de cualquier efecto útil a las redenciones obtenidas conforme a la ley (3.282 días en total), por lo que se considera que el criterio de cómputo va más allá de la mera política

penitenciaria e implica una redefinición del alcance de la pena impuesta, por lo que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 7 del Convenio.

Por último, se cuestiona el Tribunal si la “doctrina Parot” era razonablemente previsible, concluyendo a partir del análisis de los datos del caso (entre otros, que el cambio jurisprudencial se adopta frente a una práctica penitenciaria y judicial uniforme en otro sentido, como reconoce el propio Gobierno; en el año 2006, diez años después de la derogación de la ley interpretada; con un efecto anulatorio del beneficio de las redenciones ya concedidas) que “nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo ni, en consecuencia, que la Audiencia Nacional computara las redenciones de pena concedidas, no sobre la pena máxima de treinta años, sino sucesivamente sobre cada una de las penas dictadas. Como ha constatado el Tribunal anteriormente (§109 y 111), este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta” (§117). Y, en consecuencia la violación del artículo 7 del Convenio (§118).

3.3.2. En relación con la alegada violación del artículo 5.1 del Convenio, el Tribunal precisa –dando la razón a la demandante y frente a lo sostenido por la Sala, que parece vincular la violación del art. 5 exclusivamente a la del art. 7- que la distinción entre pena y ejecución de la pena a los efectos del artículo 7 no es relevante a los efectos del art. 5. “Mientras el art. 7 se aplica a la pena tal y como ha sido impuesta por el Tribunal sentenciador, el art. 5 se refiere a la detención que proviene de aquélla” (§127). Destaca a continuación que la demandante no cuestiona que su detención fuera “legal” hasta el 2 de julio de 2008, sino tan sólo su mantenimiento en prisión a partir de esa fecha. Reconoce el Tribunal que las penas de prisión impuestas a la demandante ascendían a más de 3.000 años y que el periodo de prisión efectivamente cumplido no ha llegado al máximo de 30 años establecido por el art. 70.2 CP 1973.

150

“No obstante, el Tribunal debe decidir si la “ley” que autoriza la continuación de la detención de la demandante más allá del 2 de julio de 2008 era suficientemente previsible en su aplicación. El cumplimiento del requisito de previsibilidad debe ser evaluado en relación con la “ley” en vigor a la fecha de dictarse la condena y durante el posterior período de privación de libertad. A la luz de las argumentaciones que nos llevaron a considerar que se había incumplido el artículo 7 del Convenio, el Tribunal resuelve que en el momento en que la demandante fue sentenciada, cuando realizaba trabajos penitenciarios y cuando le fue notificada la decisión de aunar las condenas y fijar un período máximo de privación de libertad, ella no pudo haber previsto, razonablemente, que el método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo sufriría una alteración como consecuencia del cambio de jurisprudencia efectuado por el Tribunal Supremo en el año 2006 y que el nuevo criterio jurisprudencial sería aplicable a su caso” (§130). La aplicación de la nueva jurisprudencia “retrasó de manera efectiva la fecha de su puesta en libertad en casi nueve años. En consecuencia, ella ha cumplido un período de prisión superior a aquél que habría cumplido de acuerdo a la legislación en vigor en el momento de su condena, tomando en cuenta las reducciones de condena que le habían sido ya reconocidas de acuerdo con la Ley (véase mutatis mutandis, caso Grava citado más arriba § 45)”. Por todo lo cual el Tribunal concluye que a partir del 2 de julio de 2008, la privación de libertad no fue “legal” y vulneró el art. 5.1 del Convenio (§132).

Y de nuevo vuelve a urgirse a España para que la demandante sea puesta en libertad “en el plazo más breve”.

#### 4. A modo de conclusión

No voy a hablar de las reacciones mediáticas a la Sentencia, ni de las voces que se alzaron a favor de no acatarla e incluso de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Afortunadamente, en esta ocasión, los órganos judiciales españoles reaccionaron de la única forma que cabía esperar en un órgano judicial ante una Sentencia del Pleno de un Tribunal internacional que declara que España ha mantenido “irregularmente” en prisión a la demandante desde el año 2008: acatando la Sentencia y ejecutándola sin demora, sin acogerse a la disculpa de la inexistencia de un cauce procesal de ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo<sup>18 19</sup>.

La demandante fue puesta inmediatamente en libertad por la Audiencia Nacional y la “doctrina Parot” dejada sin efecto por el propio Tribunal Supremo que la había gestado. Mediante un Acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013, es el propio Tribunal Supremo –ante la inexistencia de un mecanismo procesal adecuado para la ejecución de las resoluciones del TEDH– quien decide que ha de aplicarse el antiguo criterio de cómputo de las redenciones al máximo de cumplimiento fijado en la acumulación a todas las sentencias condenatorias en ejecución dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006 y a las que se aplique el CP derogado de 1973<sup>20</sup>.

Se cerraba así un capítulo oscuro de nuestra democracia y nuestro Estado de Derecho. La denominada “doctrina Parot” era ilegítima, una excusa vestida de argumentación jurídica para hacer permanecer a presos en prisión tras haber cumplido sus condenas, cambiando las reglas de cumplimiento de las penas vigentes hasta ese momento sin excepción alguna. Como he señalado en otra ocasión, no debió haber existido, “lo que nos hubiera evitado el lamentable espectáculo de una salida masiva de presos, en su gran mayoría condenados por delitos de terrorismo, que pueden invocar haber sido víctimas de un Estado que no respeta sus derechos humanos y que ha sido condenado por ello por un Tribunal Internacional. Con la doctrina Parot se ha conseguido mantenerlos en prisión hasta

<sup>18</sup> Intencionadamente no abordo aquí el problema de la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo y de lo inexplicable que resulta que España no haya articulado un cauce procesal a tal efecto. El tema tiene un enorme interés y merece por sí solo un estudio que excede de los límites de éste.

<sup>19</sup> Frente a quienes abogaban por todo tipo de soluciones dilatorias, otras voces se alzaron claramente en la línea de una ejecución inmediata y por los propios jueces. Así, entre otros, Gómez Benítez (2013): “La obligación de cumplir esta sentencia recae directamente sobre los jueces españoles, que no sólo tienen que poner en libertad a esta persona, sino a todas las que se les haya aplicado la doctrina Parot y por esta razón se encuentren indebidamente en prisión”. Y esto es lo que se hizo, con toda la premura exigida por las circunstancias del caso.

<sup>20</sup> El texto íntegro de ese acuerdo es el siguiente: “Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al CP derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el CP derogado de 1973, por no resultar más favorable el CP de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala nº 197/2006, de 28 de febrero.
2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.
3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH”.

ahora, pero a costa de violar las reglas básicas del Estado de Derecho y de deslegitimar al Estado frente al terrorismo y frente a los organismos y la opinión pública internacionales. En mi opinión, un coste demasiado alto. Lamentablemente en este asunto ninguna de las instituciones españolas estuvo a la altura hasta ahora. Tal vez sea el momento de empezar a estarlo. Y de pasar página” (Rodríguez Montañés, 2013).

## Bibliografía

- ALCACER GUIRAO, R. (2012), La “Doctrina Parot ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, Nº 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia y la ejecución de las Sentencias del TEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 43, pp. 929-952.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (20139, “Los límites de las penas máximas”, *El País*, 12 de noviembre de 2013.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (2013), “El final de la doctrina Parot”, *El País*, 21 de octubre de 2013.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2012), “Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH”, *Indret*, Núm. 4, pp. 1-25.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2011), “Reflexiones sobre el caso Troitiño, la doctrina Parot y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo”, *Diario La Ley*, Núm. 7654. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAO29B2AcSZYIJI9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzo2dvPfee++99957773ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9+fB8/IorZ7LOnb3bo2f303sMH937hZV43RbX8bG9nd3fn0x3+oDi/fIpN31vv8s/Os7LJf2HRHK9WdXWZz9Buf+fe7oPdB/u7/w/AEkRnTQAAAA==WKE>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- NISTAL BURÓN, J. (2013), “El controvertido periplo judicial de la “doctrina Parot” (De la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional al Tribunal de Estrasburgo)”, *Diario La Ley*, Núm. 8068.
- ORTEGA CARBALLO, C. en REQUEJO PAGÉS J.L., DUQUE J.C., FOSSAS E. y ORTEGA C. (2012), “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2012”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 95, pp. 263-310.
- RODRIGUEZ MONTAÑÉS, T. (2013), “Doctrina Parot: ¿Podemos pasar página?”, *eldiario.es*, 27 de octubre de 2013. Disponible en: [http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/Doctrina-Parot-podemos-pasar-pagina\\_0\\_190031191.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/Doctrina-Parot-podemos-pasar-pagina_0_190031191.html). Revisado el 28 de febrero de 2013.
- SANZ MORÁN, A. (2006), “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”, *Revista de Derecho Penal*, Núm. 18, pp. 11-43.
- VIVES ANTÓN, T. (2006), “Una sentencia discutible”, *El País*, 11 de marzo de 2006.
- VIVES ANTÓN, T. (2013), “¿Estado de derecho a la carta?”, *El País*, 26 de octubre de 2013.



## Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias

Esther Hava García  
Universidad de Cádiz  
[esther.hava@uca.es](mailto:esther.hava@uca.es)

### Resumen

En las páginas que siguen se realiza un pequeño repaso histórico de los hitos fundamentales que condujeron a la elaboración de la “Doctrina Parot” y se analiza a continuación la fundamentación que usó la jurisprudencia española para dar lugar a dicha Doctrina, junto a las posiciones judiciales contrarias que ya se pronunciaron en nuestro país en su momento y el contenido de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la anula. Asimismo se analiza la regulación legal de la refundición de condenas y el criterio jurisprudencial con el que se aplica, que constituye un ejemplo palmario de creación judicial del derecho al margen de lo dispuesto en la legislación positiva.

### Palabras clave

Doctrina Parot, irretroactividad de la ley penal, refundición de condenas, prisión permanente revisable.

153

## Before and after Parot Doctrine: Combination of sentences and its consequences

### Abstract

The following pages go over some historical events that led to the development of "Parot Doctrine" and then analyze the rationale of the Spanish jurisprudence in order to create that Doctrine, along with judicial positions in Spain that already were contrary to its application and the Grand Chamber judgment of the European Court of Human Rights in the *Del Río Prada* case. Spanish Law about combination of sentences is also analyzed, as well as the practice of the courts which constitutes a glaring example of judicial law making against legislation in force.

### Keywords

Parot Doctrine, non-retroactivity of Criminal Law, combination of sentences, revisable permanent prison.

## 1. Introducción

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 21 de octubre de 2013 en el caso *Del Río Prada c. España* (demanda nº 42750/09) afirmó, lisa y llanamente, que una persona condenada y encarcelada en nuestro país había pasado indebidamente en prisión casi seis años más de los que legalmente le correspondía cumplir. Tal afirmación, que debería haber sido motivo de enorme escándalo y gran vergüenza públicos (entre otras cosas, por poner bajo sospecha de prevaricación a los dos tribunales españoles de mayor rango –Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional<sup>1</sup>), pasó casi desapercibida para un importante sector de la población, quizá poco versado en garantías penales y derechos fundamentales.

Mucha mayor indignación sin embargo suscitó la puesta en libertad de la Sra. Del Río horas después de publicarse la Sentencia, a pesar de que era la consecuencia lógica del fallo europeo, al igual que lo fueron todas las otras excarcelaciones a las que debió procederse para acabar con esta suerte de detenciones ilegales institucionales en que se había convertido la aplicación de la denominada “Doctrina Parot”. De hecho, en ciertos momentos la indignación llegó a adquirir los tintes de una auténtica alarma social, en buena parte gracias a la intervención de los medios de comunicación que puntualmente fueron publicando mediante el sistema de goteo los nombres, apellidos y delitos atribuidos a todos aquellos que, gracias a la censura de tal Doctrina, también serían puestos en libertad de modo más o menos inmediato. Y es que, a la vista de los titulares que jalonaron los periódicos de mayor difusión en España en las semanas posteriores al fallo de la Corte europea, pareciera que iban a salir a las calles auténticas hordas de peligrosos criminales, sin que las autoridades ni las instituciones pudieran hacer nada para defender a los desvalidos ciudadanos de sus fechorías.

Este clima de alarma social no ha sido, desde luego, desaprovechado por el gobierno de la nación. Antes al contrario: las excarcelaciones producidas a consecuencia del fallo europeo han proporcionado un nuevo argumento al Ministro de Justicia, no sólo para defender la introducción en nuestro sistema penal de la prisión permanente revisable (que ha sido criticada hasta la saciedad desde todos los sectores profesionales relacionados con dicho sistema –jueces, fiscales, funcionarios de prisiones, profesores de universidad, etc.), sino también para exigir al Congreso de los Diputados que “asuma su responsabilidad” y la apoye, con el fin de evitar que las generaciones futuras “reprochen” al legislador las, al parecer, terribles consecuencias que conllevaría la no inclusión de esta pena en nuestra legislación positiva<sup>2</sup>.

El recrudecimiento del debate entre defensores (pocos) y detractores (muchos) de la prisión permanente revisable parece ser, en definitiva, el principal resultado derivado de la Sentencia de Estrasburgo, aparte de las excarcelaciones ya mencionadas. En cambio, son pocas las voces que se han alzado para explicar otra cuestión que está íntimamente relacionada con el origen de la Doctrina Parot y que es quizás la que provoca mayor incomprendición entre la ciudadanía: el porqué ciertos individuos, que han sido condenados por la comisión de numerosos delitos graves a cientos o incluso miles de años de prisión, pueden salir en libertad tras permanecer

<sup>1</sup> En sentido similar, Muñoz Clares (2012: 1 ss.).

<sup>2</sup> Cfr. <http://www.europapress.es/nacional/noticia-gallardon-esgrime-excarcelaciones-etarras-pedir-apoyo-congreso-prision-permanente-revisable-20131212145946.html>. Revisado el 27 de diciembre de 2013.

en la cárcel veinte, treinta o cuarenta años, según cuál sea la norma que resulte aplicable al caso.

## 2. Un poco de memoria histórica

A estas alturas debiera parecer un hecho incontestado que tanto la cadena perpetua como la pena capital resultan inanes a la hora de prevenir la realización de atentados terroristas, pues éstos suelen ser cometidos por delincuentes por convicción, que se muestran impermeables a la llamada prevención general positiva<sup>3</sup>. La inutilidad de las penas más graves frente a este tipo de delincuencia se hizo evidente pocos años después del comienzo de las actividades terroristas de la banda armada más conocida de nuestro país: Euskadi Ta Askatasuna (ETA).

### *La época más sangrienta*

En efecto, a pesar de que en diciembre de 1970 en el Proceso de Burgos dieciséis de sus militantes fueron sometidos a consejo de guerra, y seis de ellos condenados a muerte (penas que posteriormente fueron conmutadas por cadenas perpetuas), tres años más tarde ETA asesinaba a Carrero Blanco (entonces presidente del Gobierno) y en septiembre de 1974 realizaba el primer atentado masivo en la cafetería Rolando de Madrid, provocando la muerte de doce personas. A estos hechos delictivos sucederían otros muchos, como los ocurridos en el año 1980 (el más sangriento de la historia de ETA, con más de noventa víctimas –la mitad de ellas civiles); 1986 (año en el que fueron asesinados, entre otros, doce miembros de la Guardia Civil que viajaban en un autobús en la madrileña plaza de la República Dominicana); y 1987 (el 19 de junio de ese año una bomba causaba una veintena de muertos y casi cincuenta heridos en los almacenes Hipercor de la avenida de la Meridiana de Barcelona, y el 11 de diciembre un coche bomba cargado con 250 kilos de amonal y estacionado a las puertas de una casa cuartel de Zaragoza provocaba la muerte de cuatro niñas, un adolescente y seis adultos, además de unos ochenta heridos). La lista de víctimas seguiría engrosándose durante 1988 y 1989, años en los que ETA cometió casi cuarenta asesinatos más.

En este contexto histórico, de enorme convulsión y rechazo social ante la feroz actividad terrorista desplegada, es detenida Inés Del Río el 6 de julio de 1987 en Zaragoza, cuando se encontraba durmiendo en un hotel de la Gran Vía de esta ciudad junto a otro miembro de la banda. Su primera condena, 27 años y seis meses de prisión por los delitos de pertenencia a banda armada, tenencia ilícita de armas y explosivos y falsificación de documentos, fue dictada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 1988. En total, Del Río Prada fue juzgada en ocho procesos distintos, en los que se le impusieron más de 3.000 años de prisión, de los cuales 2.232 años correspondieron al ataque contra el convoy de la Guardia Civil en la plaza de República Dominicana, hechos por los que fue condenada el 7 de noviembre de 1989.

Pocos meses más tarde, uno de los integrantes de ETA más activos, Henri Parot, era capturado conduciendo un coche cargado con 300 kilos de amonal con el

<sup>3</sup> Cfr. Luzón Peña (2013: 14-15). “El delincuente por convicción es alguien que ni precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, sino sólo uno que –rebatible o no- piensa de otra manera, un adversario del actual poderío moral, religioso o político, a quien ciertamente cabe combatir en interés de la preservación de aquél, pero al cual no se puede imponer con sensatez medidas correctivas o retributivas. [...] la palabra ‘encierro’ persigue caracterizar la pena homónima como mera privación de libertad orientada a la finalidad del aseguramiento del recluso, amén de intimidar, acaso, a los demás, pero sin las tareas de la retribución que doblega la voluntad o del influjo corrector, sin el rasgo de superioridad moral del Estado que pune sobre el penado, quien normalmente participa en el ser de la pena” (Radbruch, 2005: 4).

que, al parecer, pretendía volar la Jefatura de Policía de dicha ciudad. Su detención se producía el 2 de abril de 1990 y su primera condena, 86 años de prisión, le era impuesta por la Audiencia Nacional el 18 de diciembre de ese mismo año. A ésta le seguirían otras veinticinco condenas (entre ellas, la de 3 de marzo de 1994, en la que se le imponían 1.502 años de prisión por el atentado de la casa cuartel de Zaragoza), hasta llegar acumular, a finales de 1996, casi 4.800 años de prisión por la comisión de más de 80 asesinatos desde 1978, amén de otros muchos delitos relacionados con su actividad terrorista.

### ***La redención de penas por el trabajo tras el Código Penal de 1995***

Por aquellas fechas ya había sido aprobado el Código Penal de 1995 (CP95), el cual, si bien reducía en algunos supuestos el máximo de cumplimiento efectivo establecido para las penas de prisión<sup>4</sup> también eliminaba el beneficio de redención de penas por el trabajo<sup>5</sup>, prohibiendo además expresamente su aplicación cuando fuera el nuevo Código el que tuviera que aplicarse a hechos cometidos antes de su entrada en vigor<sup>6</sup>. Ante tal situación, el Tribunal Supremo (TS) consideró necesario concretar su posición en relación al alcance que debía otorgársele a dicha prohibición, toma de postura que fue objeto de debate en un Pleno de dicho Tribunal y que se plasmó en su Sentencia 557/1996, de 18 de julio, en la que afirmaba que los beneficios derivados de la redención de penas por el trabajo, “cuando ya han sido consolidados, se integran en una regla de cómputo del tiempo pasado en prisión, por virtud de la cual [...] dos días de internamiento valen como tres (art. 100 del viejo Código) y ello de modo irreversible [...], de forma que a los efectos aquí examinados es como si efectivamente el recluso hubiera permanecido en prisión todo el tiempo así computado”<sup>7</sup>. Entendía con ello el TS que la interpretación de la mencionada Disposición transitoria 2<sup>a</sup>, en lo relativo a la prohibición de la aplicación de la redención de penas por el trabajo, debía realizarse de forma restrictiva y

<sup>4</sup> El art. 70.2 del Código Penal de 1973 (CP73) establecía que *el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. La limitación se aplicará aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.* Por su parte, el art. 76 CP95 en su versión original rebajaba con carácter general el máximo de cumplimiento efectivo a veinte años, aunque estableciendo dos límites excepcionales, de veinticinco y treinta años, para aquellos supuestos en que el sujeto hubiera sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos estuviera castigado con una pena de hasta 20 años (para el primer límite excepcional) o superior a 20 años (para el segundo).

<sup>5</sup> La redención de penas por el trabajo consistía en el abono al penado “para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia [de] un día por cada dos de trabajo”, resultando vetada tal posibilidad solo para quienes quebrantaren o intentaren quebrantar su condena y los que reiteradamente observaren mala conducta durante su cumplimiento (art. 100 CP73). El abono se practicaba periódicamente, a propuesta del centro penitenciario, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y era tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador a los efectos de liquidación de condena.

<sup>6</sup> Dicha prohibición se contiene en la Disposición transitoria 2<sup>a</sup> de la LO 10/1995: *Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo.*

<sup>7</sup> Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1989, de 30 de octubre: “no resulta admisible que la cuantía total del citado beneficio que concretamente corresponda a un penado, en aplicación de lo dispuesto por la ley, esté siempre pendiente de una ulterior modificación, ya sea por subsanación de presuntos errores [...] o por variación de criterios del Juez responsable. Finalmente, tampoco el beneficio de la redención de penas por el trabajo está legalmente configurado como un beneficio condicional que pueda ser revocado en determinados casos. Antes al contrario, si bien hay supuestos en los que el penado queda inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afecta a los días ya redimidos”.

“únicamente referida a aquella que pudiera producirse después de la entrada en vigor de esta nueva norma penal, lo que ocurrió el 25 de mayo de este año de 1996”. Lo anterior fue complementado por lo acordado en el Pleno no Jurisdiccional de 12 de febrero de 1999, en el que se señaló que “el límite de veinte años de prisión del art. 76 del vigente Código viene a ser equivalente al límite de treinta años de prisión del antiguo Código Penal, en la medida en que este plazo es compatible con la redención de penas por el trabajo”.

A la vista de lo anterior, parece lógico que todos los que hubiesen sido condenados conforme al CP73 y estuvieran participando en el régimen de redención de penas por el trabajo tuvieran unas legítimas expectativas de ver acortadas sus condenas a razón de un día por cada dos considerados de trabajo, y ello con independencia de que fueran terroristas o no, sanguinarios o no. Y de hecho, ésta fue la posición adoptada por todos y cada uno de los tribunales españoles cuando entró en vigor el CP95, a la hora tanto de enjuiciar los casos pendientes como de revisar las condenas en curso de ejecución: para determinar la ley penal más beneficiosa, partieron del dato normativo, nunca cuestionado y además ratificado por los plenos no jurisdiccionales ya mencionados, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla 2<sup>a</sup> del art. 70 CP73 tendría que incidir la redención de penas por el trabajo. De este modo, si los condenados a penas de larga duración optaron por el antiguo sistema punitivo fue en vista de esta interpretación unánime de la previsión legal, que les permitía disminuir hasta un máximo de veinte años el cumplimiento efectivo de sus condenas. Gracias a ello, en definitiva, al menos dieciséis terroristas penados conforme al CP73 (algunos con penas centenarias) se beneficiaron como era lógico y normal de la redención de penas por el trabajo en las liquidaciones de sus respectivas condenas.

157

Y no pasó absolutamente nada.

### 3. El caso Parot

Todas las alarmas se dispararon sin embargo en febrero de 2005, momento en el que el miembro del Comando Madrid de ETA Iñaki De Juana Chaos, condenado a unos 3.000 años de prisión, estuvo a punto de salir de la cárcel, después de cumplir “sólo” dieciocho años de privación de libertad<sup>8</sup>. Poco después otro histórico etarra, Henri Parot, que también había sido condenado a miles de años, solicitaba la refundición de sus veintiséis condenas de conformidad con la regla 2<sup>a</sup> del art. 70 del CP73.

Demasiadas condenas y demasiada sangre, debió pensar el Fiscal encargado de informar la solicitud de Parot. En efecto, con el probable objetivo de

<sup>8</sup> La excarcelación de Iñaki De Juana Chaos (que había sido condenado entre otros por el atentado contra el autobús de la Guardia Civil en la plaza de República Dominicana) se evitó por una doble vía que despertó enorme polémica: en primer lugar, la Audiencia Nacional en marzo de 2005 anulaba 175 días de redención de pena que anteriormente le habían sido concedidos, con lo que por de pronto posponía su excarcelación unos seis meses; en segundo lugar, se puso en marcha un nuevo procedimiento penal contra de Juana Chaos por la publicación de sendos artículos en el diario *Gara* en 2004, procedimiento que permitió mantenerlo en prisión provisional y que finalmente provocó una nueva condena en noviembre de 2006, de 12 años y 6 meses de prisión, por la comisión de un delito de amenazas terroristas. Sobre el escándalo suscitado entre la Doctrina penalista con este modo de proceder, véase por ejemplo Álvarez García (2006: 25): “Lo que ha ocurrido en este caso es, a mi entender, claro: ante una reiterada reclamación popular para mantener a un consumado asesino en prisión a pesar de haber cumplido ya su pena, se ha acudido a un mecanismo –la prisión preventiva- a despecho de que, en mi opinión, no concurren los requisitos exigibles para la imposición de tal medida cautelar. Es decir: frente al terrorismo cabe todo, incluso prescindir de las garantías del Estado democrático de Derecho; lo que pone de manifiesto que, cada vez más, en lugar de hacerse Justicia se hace política (así, con minúsculas)”.

alargar la estancia en prisión del terrorista hasta los cuarenta años (tiempo que casualmente coincidía con el nuevo límite fijado en el CP95, tras la reforma de 2003), la fiscalía sugirió dividir por dos su historial delictivo, lo que permitiría a su vez eludir la aplicación de las reglas de conexidad contenidas en el último inciso del art. 70.2 CP73, en relación con los artículos 17<sup>9</sup> y 988<sup>10</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR). Así, se afirmaba en el informe que evacuó el Ministerio Fiscal el 6 de abril de 2005 que “existen dos momentos claramente diferentes en las fechas en que el condenado Henri Parot cometió sus actividades delictivas: la primera desde el año 1978 hasta el 16 de abril de 1982 [...] y la segunda desde el año 1984 hasta la fecha de su detención el 2 de abril de 1990”, razón por la cual estimaba que la acumulación de sentencias solicitada debía realizarse “teniendo en cuenta dichos dos momentos en atención a que dicho condenado realizó hasta el año 1982 actividades distintas y en comandos diferentes que las que cometió a partir del año 1984, después de existir un espacio de tiempo sin delinquir”. Conforme a lo anterior, se interesaba “la acumulación de condenas por los hechos cometidos hasta el año 1982 y otra acumulación desde el año 1984 hasta su detención”.

### **El Auto de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005**

La solución propuesta por el Fiscal debió parecer muy apropiada a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya que su Auto de 26 de abril de 2005 acogió de forma prácticamente literal la tesis del Ministerio Fiscal para, en su virtud, acordar la acumulación de las condenas impuestas hasta ese momento a Henri Parot en sendos períodos de máximo cumplimiento de treinta años, correspondiente el primero de ellos a los hechos delictivos juzgados que fueron perpetrados hasta 1982, y el segundo a los cometidos a partir de 1984.

Con esta forma de proceder la Audiencia Nacional se apartaba del criterio mantenido a la hora de interpretar el requisito de la conexidad exigido en la refundición de condenas por la jurisprudencia del TS<sup>11</sup>, la cual en múltiples ocasiones había interpretado que dicho requisito debía reducirse exclusivamente a la observancia del factor cronológico (esto es, acumulación de todas las recaídas sobre diversos hechos delictivos que hubiesen podido enjuiciarse en un único proceso, atendiendo al momento de su comisión), sin que fuera preciso además que

<sup>9</sup> En cuya virtud, se consideran delitos conexos: 1.<sup>º</sup> Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2.<sup>º</sup> Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiere precedido concierto para ello. 3.<sup>º</sup> Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4.<sup>º</sup> Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5.<sup>º</sup> Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados. El art. 17 LECR fue así redactado por Ley 3/1967, de 8 abril, por la que se modificaban determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no ha sido objeto de modificaciones posteriores.

<sup>10</sup> De conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 988 LECR, *Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley.* La redacción actual de este precepto, introducida por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, no difiere en esencia de la que estaba en vigor en aquellas fechas.

<sup>11</sup> La Audiencia Nacional cita en este sentido, y a título ejemplificativo, las SSTS 342/2004 y 149/2000.

los distintos delitos tuvieran analogía o relación entre sí (elementos de conexidad que, sin embargo, son mencionados en el apartado 5º del art. 17 LECR). No obstante, la Audiencia Nacional entendió que el lapso de tiempo transcurrido entre el primer delito por el que fue condenado Parot (que fue perpetrado en 1978) y el último por el que había sido enjuiciado hasta ese momento (cometido en 1990) “superó con creces todo criterio de conexidad cronológica que pretenda establecerse. La consecuencia no puede ser otra que negar que, entre estos dos delitos, exista la conexidad que hubiese podido permitir su enjuiciamiento en un único proceso [...] la comisión de otros delitos no puede hacer al condenado de mejor condición, y no puede ese dato mantener una conexión, rota por el transcurso de más de diez años entre los dos delitos, de 1978 a 1990. Tampoco el que Parot haya logrado estar durante tanto tiempo fuera de la acción de la justicia, continuando una imparable carrera criminal, puede servir como base de la conexidad. Precisamente la existencia de ese amplio número de condenas intermedias, por los delitos más graves, contribuye a desechar, so pretexto de motivos humanitarios, otra interpretación de los requisitos legales”.

Esta argumentación, unida a dos datos que en el Auto se consideran claves (la actividad delictiva desplegada se interrumpió en 1982, para volver a reanudarse en 1984, ya en el seno de otro comando distinto), constituyen los elementos que, en definitiva, permitieron a este Tribunal acumular las condenas impuestas a Parot en dos períodos de cumplimiento sucesivo de treinta años cada uno. De este modo, y aunque entrara en juego la redención de penas por el trabajo (rebajando un máximo de diez años cada uno de dichos períodos), Henri Parot tendría que cumplir cuarenta años en prisión, tiempo máximo de cumplimiento que, además de coincidir con el ya entonces vigente en el CP95<sup>12</sup>, resultaba más que suficiente para evitar una pronta puesta en libertad y, con ello, eludir la presión mediática y la alarma social que posiblemente provocarían la excarcelación de un histórico de ETA.

159

### ***La STS 197/2006, de 28 de febrero***

Como era previsible, la representación de Henri Parot recurrió en casación contra el Auto de la Audiencia Nacional, por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 70.2 CP73, en relación con los artículos 17.5 y 988 LECR. Ante el dilema que planteaba la resolución de dicho recurso (renunciar a su propia doctrina consolidada en la interpretación de la conexidad en la refundición de las condenas, o bien reafirmarla y renunciar con ello a prolongar la estancia en la cárcel de Parot), la STS 197/2006 de 28 de febrero<sup>13</sup> decidió optar por una astuta vía intermedia, la cual, además de eludir tan indeseable consecuencia (esto es, la pronta excarcelación de Parot), le serviría al Tribunal para evitar sofocos posteriores ocasionados por otros terroristas que fueran cumpliendo sus respectivas condenas y reforzar aún más el peso de sus resoluciones, aunque ello se hiciera a costa de lo establecido en preceptos legales vigentes y con clara vulneración de uno de los pilares básicos del Estado de Derecho: el principio de irretroactividad de las normas desfavorables. Surgía así, en definitiva, la “Doctrina Parot”.

<sup>12</sup> Para aquel entonces, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ya había reformado el texto de los artículos 76 y 78 CP95, elevando el límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión a los cuarenta años y estableciendo la posibilidad u obligación (según los casos) de acordar en estos supuestos que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Sobre dicha reforma y sus lamentables consecuencias, véase por ejemplo Téllez Aguilera (2003: 164 ss.); López Peregrín (2003: 1 ss.).

<sup>13</sup> Sobre dicha Sentencia y sus consecuencias, véase por ejemplo Cuerda Riezu (2006: 215 ss.); Orts Berenguer (2009: 27 ss.).

### *La refutación del criterio de la Audiencia Nacional*

En su fundamentación jurídica, la STS 197/2006 rechazó la interpretación que realizara la Audiencia Nacional del elemento conexidad, necesario para proceder a la refundición de condenas, entendiendo que la desconexión temporal en la que se basa el Auto para apreciar dos bloques distintos de cumplimiento sucesivo “carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la ley (art. 70.2<sup>a</sup> C.P. 1973), ni en la jurisprudencia de esta Sala Casacional que la interpreta. [...] Olvida la Audiencia Nacional que el segundo párrafo de la regla segunda del art. 70 del Código penal, edición de 1973, no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de las limitaciones que proclama. Su propia interpretación es incoherente, al disponer dos bloques acumulables de nada menos que de seis años cada uno, olvidando que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es una vinculación temporal, sino un criterio de conexidad. Y la propia Sala de instancia no desconoce que tal criterio ha sido muy favorable al reo en la interpretación de mencionada conexidad, como expresamente dejan constancia y llevan los aludidos jueces a la resolución judicial impugnada, con cita de jurisprudencia de esta Sala<sup>14</sup>”.

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo obvia por completo en la argumentación empleada para rechazar la interpretación de la Audiencia Nacional el contenido de los artículos 988 y 17 LECR, a pesar de que su relación con el art. 70.2 CP73 (actual 76 CP95) es absolutamente clara y evidente. En efecto, el primero de ellos establecía que *cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno sólo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia [...] procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del artículo 70 del Código Penal*; por su parte, el art. 17 LECR determinaba ya entonces qué han de considerarse delitos conexos, otorgando este carácter, entre otros, a *los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados* (art. 17.5º LECR).

160

A decir verdad, el Tribunal Supremo no desconoce la existencia de estas normas procesales, y de hecho en otro lugar de su fundamentación jurídica alude expresamente al último precepto mencionado, concretamente cuando expone las “diversas clases” de conexión que pueden presentarse entre diferentes hechos enjuiciados: “la llamada conexión procesal, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5<sup>a</sup> del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, la conexidad temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas”. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece despreciar todos estos criterios (también los contenidos en el art. 17 LECR), decantándose en su lugar por

---

<sup>14</sup> Desde luego no se anda con contemplaciones el Tribunal Supremo a la hora de descalificar la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Nacional: “Aparte de lo indiferente que resulta a los efectos de poder ser enjuiciado en un solo proceso, la pertenencia a uno o más comandos (sin más datos que justifiquen esta decisión), es lo cierto que lo equivocado de esta interpretación resulta de que si Parot hubiera seguido cometiendo atentados interrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas, de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Lo desacertado de tal interpretación resulta, por tanto, patente”.

un “sentido hermenéutico (*sic*) de la llamada ‘acumulación de condenas’, que responda a las reglas del concurso real”, razón por la cual, señala, “la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido) objeto de enjuiciamiento conjunto (en un solo proceso), abriendo la vía de la *acumulación jurídica*, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones”.

De este modo, prescindiendo de lo dispuesto en normas plenamente vigentes (que entre otras cosas reconocen a cada órgano juzgador que resulte competente un cierto margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la conexidad), el Tribunal Supremo impone su visión del asunto sin posibilidad de réplica: En la acumulación de condenas debe atenderse exclusivamente a la cronología de los hechos, así que “únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados”.

Con la argumentación anterior se rechazaba la conclusión a la que había llegado la Audiencia Nacional y se le daba la razón al recurrente en su pretensión esencial: debía procederse a la refundición de sus condenas en un solo periodo de máximo cumplimiento. Pero la cosa, desde luego, no iba a quedar así. Con la inequívoca intención de evitar que Parot saliera de prisión, el Tribunal Supremo decidió obviar por completo lo que había sido hasta ese momento su criterio unánime a la hora de contabilizar la redención de penas por el trabajo en la liquidación de condenas; cuestión que, por cierto, ni había sido mencionada en el Auto de la Audiencia Nacional, ni desde luego en el recurso interpuesto por el condenado<sup>15</sup>.

#### *Las bases de la “Doctrina Parot”*

Para desdecirse de lo afirmado hasta ese momento respecto de la redención de las penas en la liquidación de condenas, el Tribunal Supremo no tuvo empacho en soliviantar algunas de las bases esenciales del sistema penal de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, como es la finalidad preventiva de las penas y su orientación a la reeducación y reinserción social del reo, establecida en el art. 25.2 de la Constitución. Obviamente la Sentencia no desconoce el contenido de tal precepto constitucional, pero entiende *ahora* (esto es, a propósito del caso Parot), que la reinserción social “ha de armonizarse con otros principios, particularmente el de la prevención especial, que en delitos muy graves se combina también con criterios retributivos de la pena [...]. En consecuencia, la reinserción social no es el único fin de la pena y, por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas”. A partir de esa “razón de justicia”, el Tribunal Supremo va deslizando otras consideraciones que, francamente, parecen entrar en abierta contradicción con la aplicación del criterio cronológico en la refundición de condenas que propugna, y que le permitió rechazar de plano el aplicado por la Audiencia Nacional.

<sup>15</sup> Cfr. González Franco y Ragués i Valles (2007: 4). Queralt (2010: 128) señala: “Llama la atención que, instado el recurso por el condenado, el remedio se estima, pero con una extravagante consecuencia: su situación resulta agravada con la nueva doctrina en contra de lo que se pedía, que era una rebaja de la pena impuesta por la Audiencia; lo cual supone una sentencia casacional claramente incongruente, extremo este que es denunciado por los votos particulares a dicha resolución”.

Así, se afirma que “el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al *seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo*”, o que “en el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de *humanidad* estará siempre al lado de las víctimas”. Tan progresistas consideraciones son seguidas de otras, teñidas del mismo componente ideológico, en las que el Tribunal Supremo se permite poner en tela de juicio el criterio del propio legislador, afirmando que la limitación general del cumplimiento total de la condena al triplo del tiempo por el que se le impusiera la pena más grave “obedece a discutibles razones de política criminal, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de la Constitución Española [...] y establece un cierto principio de *impunidad*, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación”.

La descalificación que realiza el Tribunal Supremo de la *ratio legislatoris* parece constituir la coartada idónea para inventar una especie de *ratio legis ad hoc*<sup>16</sup>, que le permite reinterpretar el contenido del art. 70 CP73 conforme a las actuales preferencias del órgano juzgador y de un modo que debería causar, además de escándalo, cierto sonrojo. Así, y a pesar de que la STS de 8 de marzo de 1994 había afirmado expresamente que “la pena señalada en el art. 70.2 del Código Penal, el límite de 30 años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley como son la libertad condicional y la redención de penas”<sup>17</sup>, en el asunto Parot el Tribunal Supremo da un giro de 180 grados para afirmar ahora justo lo contrario, esto es, que “una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario”. Con ello, el camino que evitaría la excarcelación de Parot ya quedaba claro: si los treinta años de máximo cumplimiento no constituyen una nueva pena, no deben aplicarse sobre ese tiempo las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sino sobre las penas concretas que hayan sido impuestas al condenado por cada uno de los delitos cometidos<sup>18</sup>. Conforme a lo

<sup>16</sup> Los riesgos que conlleva esta “libertad interpretativa” son expuestos a través de varios ejemplos (entre ellos, el del caso Parot) por Vives Antón (2011: 72-73). Señala también la ilegitimidad de los cambios jurisprudenciales basados en esa hipotética “libertad interpretativa”, Cuerda Arnau (2013: 59): “El juez ordinario no puede enarbolar una supuesta libertad interpretativa por cuya virtud se deje de aplicar la regla típica tal y como la hemos entendido hasta ahora y la sustituymos retroactivamente en contra del reo por otra distinta, por mucho que pueda parecernos –o incluso ser– técnicamente mejor. Tal cosa es intolerable porque lo que se está haciendo es cambiar una regla por otra de manera ilegítima y, por tanto, aunque ese nuevo uso llegara a consolidarse, no por ello dejaría de ser un cambio ilegítimo, que parte de un equívoco sobre lo que significa interpretar y no reparar en la incompatibilidad de semejante pretensión con nuestro modelo normativo”.

<sup>17</sup> Es más, como señala el voto particular, este mismo criterio había sido mantenido en dos sentencias mucho más cercanas en el tiempo a la de la “Doctrina Parot”, referidas a la regulación contenida en el CP95: la STS de 15 de septiembre de 2005, en la que se declara que la pena acumulada “opera ya como una pena nueva resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley como son la libertad condicional, permisos de salida...”; y la STS de 14 de octubre de 2005, en la que se afirma exactamente lo mismo.

<sup>18</sup> En opinión del Tribunal Supremo, “carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo,

anterior, concluye el Tribunal, “teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020”.

Objetivo conseguido.

### *El voto particular*

Tres de los miembros que formaron la Sala que dictó sentencia en el “caso Parot” decidieron valientemente expresar su opinión contraria al criterio de la mayoría en un voto particular<sup>19</sup>, “pues lo que propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2<sup>a</sup> del art. 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo”. Los argumentos que expusieron en dicho voto particular estos tres magistrados en contra del fallo mayoritario hablan por sí solos:

En primer lugar, se señala que el contenido del art. 70.2 CP73 debía ser interpretado en relación con los restantes preceptos relativos al cumplimiento de las penas, como los artículos 49 (*a los autores de un delito o falta se les impondrá la pena [...] señalada por la ley*) y 69 (*al culpable de dos delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible*). De este modo, en los supuestos de cumplimiento sucesivo en los que resulte aplicable lo establecido en el art. 70, “las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman –‘se refunden’, dice la jurisprudencia- en otra de la misma naturaleza, pero distinta. Distinta porque en ella se integran diversas penas para formar una sola [...]. Sobre esa “unidad punitiva” resultante, y conforme a ese mismo Código Penal, “operará normalmente (en realidad, por regla general), la redención de penas por el trabajo; que, según la previsión del art. 100, incide sobre las impuestas, una vez tratadas conforme a las mencionadas reglas de aplicación, ‘para el cumplimiento’”<sup>20</sup>. Como señalan los mismos magistrados que suscriben el voto particular, la mejor prueba de que ésta era la interpretación correcta viene constituida por el propio CP95 y sus posteriores reformas (especialmente la operada por Ley Orgánica 7/2003), que son fiel reflejo de “hasta qué punto el legislador fue consciente de que el Código derogado no prestaba base legal para una decisión como la que aquí se cuestiona; que es por lo que consideró necesario modificar de manera sensible su régimen de cumplimiento de las penas”.

---

igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos”. Con tales consideraciones remacha el Tribunal Supremo su novedosa interpretación, acudiendo de nuevo en este caso al argumento “de justicia” que, curiosamente, silencia a la hora de rechazar el criterio seguido por la Audiencia Nacional en su Auto.

<sup>19</sup> Esos magistrados fueron José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>20</sup> En esta misma línea, un sector doctrinal nada sospechoso de mantener posiciones progresistas exacerbadas, añadía otras razones de orden práctico contrarias a la consideración individualizada de las diferentes penas, una vez que se ha refundido la condena: “el condenado iría abandonando y regresando al establecimiento penitenciario de acuerdo con la obtención de libertad condicional y de la libertad definitiva en cada una de las penas impuestas. Y algo similar ocurriría con la semilibertad del tercer grado y el régimen general de permisos. La unidad de ejecución cuenta, consiguientemente, con un respaldo legal que supera, por decirlo así, las previsiones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la refundición o acumulación de penas” (Manzanares Samaniego, 2006: 1325).

En segundo lugar, recuerdan estos magistrados cómo “en fechas no lejanas, todos los tribunales españoles -es decir, todos sin excepción, éste incluido- cuando entró en vigor el Código Penal de 1995, tanto al enjuiciar los casos pendientes en ese momento, como en el trámite de revisión de las condenas en curso de ejecución, para determinar la ley penal más beneficiosa, partieron del dato normativo, nunca cuestionado, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla 2<sup>a</sup> del art. 70 del Código Penal de 1973 tendría que incidir la redención de penas por el trabajo. Y fue en vista de esa previsión legal de disminución a partir del triple de la pena máxima o de los 30 años, como los penados optaron por uno u otro código penal. Más aún, esta sala declaró que para hacer el estudio comparativo de las penas a ejecutar y así determinar el código más favorable en cada caso, habían de tenerse en cuenta las deducciones del tiempo sumado de redención por el trabajo (cfr. los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de 18 de Julio 1996 y 12 de Febrero de 1999)”. Al respecto, los magistrados discrepantes señalan que, “recientemente, no menos de 16 penados por terrorismo, algunos condenados a penas de prisión centenarias, una vez fijado -conforme al Código Penal de 1973- el máximo de pena a cumplir en 30 años, se beneficiaron de la redención de penas por el trabajo según el criterio que aquí se defiende”.

En tercer lugar, se invoca en el voto particular la irretroactividad de las normas penales, como dogma intangible del Estado de Derecho (recogido en el art. 9.3 CE), el principio de igualdad ante la ley (consagrado en el art. 14 CE, y que no admite excepciones en materia de enjuiciamiento y cumplimiento de penas, ni tan siquiera para casos de terrorismo) y el derecho fundamental a la libertad personal (establecido en el art. 17 CE)<sup>21</sup>. Principios todos ellos que son ignorados en el fallo mayoritario, que “no es, simplemente, una relectura, sino una verdadera reescritura del texto del art. 70, 2<sup>a</sup> del Código Penal de 1973. Pues, en efecto, una vez fijado el máximo de cumplimiento a tenor de esta regla mediante la refundición de la totalidad de las penas impuestas, y alcanzado el límite máximo de 30 años; en vez de operar directa y únicamente con él, se retrocede en el proceso de acumulación, para actuar de forma individualizada sobre cada pena en la aplicación de los beneficios penitenciarios, según una inédita técnica de desagregación no prevista en aquel texto. Y que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita -y retroactiva en perjuicio del reo- el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003”<sup>22</sup>.

164

En cuarto lugar, critican los magistrados discrepantes la alusión al art. 118 CE que realiza el voto mayoritario (cuando sugiere que la jurisprudencia mantenida hasta ese momento sobre el art. 70.2º CP73 conllevaría la inobservancia de lo resuelto en los distintos fallos condenatorios a Parot), porque “razonando de este modo se olvida que las sentencias deben dictarse sólo con arreglo a la ley vigente. Que la observancia de esta exigencia es condición *sine qua non* de la legitimidad de las mismas. Y que el criterio de política criminal inspirador del precepto tantas veces citado, que -hoy- la mayoría considera ‘discutible’, expresa una opción del legislador

<sup>21</sup> Al respecto, citaba el voto particular la STC 11/1987, de 30 de enero, la cual declaró que “la posibilidad de que se aplique a las penas (...) infligidas [a un condenado] en distintas causas la limitación del art. 70.2<sup>a</sup> del Código Penal, afecta a un derecho fundamental cual es el de la libertad personal (art. 17 de la Constitución)”.

<sup>22</sup> En relación con el principio de igualdad en la aplicación de la ley, los magistrados discrepantes también hacen referencia a la jurisprudencia constitucional que señala que dicho principio prohíbe “el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que, el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad - SSTC 64/1984, 49/1985, 108/1988, 199/1990 y 144/1991, entre otras-“.

que en este momento jurisdiccional debe ser respetada". Obviamente, los magistrados discrepantes son conscientes de "que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, con el sanguinario historial del recurrente y su cruel autocomplacencia en lo realizado. Y que tampoco es ajeno al comprensible eco de ambos factores en los medios de comunicación y en la opinión. Pero ni siquiera tales circunstancias pueden justificar una quiebra de los parámetros de aplicación del derecho que constituyen la normalidad de la jurisprudencia. Por un imperativo de estricta legalidad, e incluso -si es que aquí pudieran contar- por las mejores razones de política criminal. Pues, como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales".

Finalmente, llama la atención el voto particular sobre el hecho de que tanto el recurso planteado por el condenado como el del Ministerio Fiscal interesaban exclusivamente la anulación de la refundición llevada a cabo por la Audiencia Nacional, dando por supuesto que nada se oponía a que se aplicasen las redenciones a que hubiera lugar a la pena máxima legal (esto es, treinta años). De este modo, el fallo condenatorio desbordaba los límites de la pretensión, implicando además una "verdadera *reformatio in peius*, con clara afectación negativa de la materialidad del derecho de defensa, debido a que el recurrente no ha tenido en ningún caso la oportunidad de discutir ese criterio emergente".

#### 4. El caso Inés del Río

A decir verdad, el "riesgo de excarcelación inmediata" de Henri Parot ya había sido neutralizado antes del pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo que lleva su nombre, y ello por obra y gracia de un nuevo procesamiento, esta vez por haber escrito en junio de 2001 desde prisión una carta a la cúpula de ETA, que fue encontrada en el transcurso de una operación de la policía francesa, y que se entendió formaba parte de una correspondiente dirigida a "influir en las acciones de la organización, proponiéndoles un determinado modo de desarrollar su actividad, buscando objetivos más vitales contra el Estado, como forma de lograr sus objetivos". Fijando los anteriores como hechos probados, la Sentencia 3/2007, de 2 de febrero, de la Audiencia Nacional no tuvo problemas en condenar a Parot a 11 años más de prisión por un delito de pertenencia a banda armada, nueva condena que era impuesta conforme a las reglas del CP95 y que, en definitiva, venía a sumarse a la anterior sin posibilidad de ser refundida con ésta, dada la interpretación del elemento conexidad mantenida, sin posibilidad de réplica, por el Tribunal Supremo. Con esta nueva condena, en definitiva, se daba carpetazo al asunto Parot, por la misma vía que se había utilizado unos meses antes con De Juana Chaos.

Pero el caso Del Río Prada no permitía una solución tan expedita, pues no fue posible encontrar indicios de una actividad delictiva posterior a sus condenas que permitieran instar nuevos procedimientos penales contra ella. En síntesis, la cronología de los hechos de este caso es la siguiente:

- Inés del Río permaneció en detención preventiva del 6 de julio de 1987 al 13 de febrero de 1989. El 14 de febrero comenzó a cumplir su primera condena.

- El 30 de noviembre de 2000, la Audiencia Nacional le notificó que la conexidad jurídica y cronológica de los delitos por los que había sido condenada permitía la acumulación de las penas impuestas, estableciéndose 30 años de prisión

como límite máximo. El 15 de febrero de 2001 el mismo Tribunal estableció el día 27 de junio de 2017 como fecha inicial de liquidación de condena.

- El 24 de abril de 2008, y teniendo en cuenta los 3.282 días de remisiones de pena por el trabajo concedidos a Del Río por Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Audiencias Provinciales entre 1993 y 2004, el centro penitenciario donde se hallaba encarcelada propuso el día 2 de julio de 2008 como fecha de su puesta en libertad.

- El 19 de mayo de 2008, la Audiencia Nacional rechazó la propuesta anterior y solicitó a la autoridad penitenciaria la fijación de otra fecha de puesta en libertad conforme a la “Doctrina Parot”. De acuerdo con la nueva propuesta, el Auto de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2008 fijaba el 27 de junio de 2017 como fecha definitiva de excarcelación, decisión que fue confirmada por el mismo órgano juzgador el 10 de julio de 2008, desestimando el recurso de súplica interpuesto por la interesada.

### ***Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional***

Según se señala en los Antecedentes de la propia Sentencia de la Gran Sala del TEDH, la representación de Inés Del Río interpuso un primer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando los artículos 14, 17, 24 y 25 de la CE, que fue inadmitido por Auto de 17 de febrero de 2009, aduciendo dicho Tribunal la falta de justificación de la demandante en torno a la trascendencia constitucional de sus quejas. No obstante, el 11 de noviembre de ese mismo año se interpuso un nuevo recurso de amparo, en el que se solicitaba por otrosí la suspensión de la ejecución de las resoluciones de la Audiencia Nacional. El Alto Tribunal también rechazó esta pretensión mediante Auto 94/2012, de 21 de mayo (esto es, tres años y tres meses más tarde), razón por la cual Del Río Prada desistió de su recurso de amparo en septiembre de 2012.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la “Doctrina Parot” en la treintena de recursos de amparo que se interpusieron por diversos afectados por su aplicación, y que fueron resueltos prácticamente en bloque en marzo de 2012 (esto es, seis años después de la presentación del primer recurso). No obstante, se trató de pronunciamientos “en falso”: el Tribunal Constitucional se limitó a conceder el amparo en los tres casos en que comprobó que las resoluciones judiciales sobre las respectivas liquidaciones de condenas ya eran firmes antes de que se procediera a su revisión conforme a los postulados de la “Doctrina Parot” (revisión que en muchos supuestos se comunicó a los condenados días antes del previsto para su excarcelación)<sup>23</sup>; en los otros veinticinco recursos que fueron admitidos a trámite, nuestro Tribunal Constitucional rechazó las pretensiones de los recurrentes, aferrándose para ello a un criterio absurdo por excesivamente formalista (la ausencia de referencias al art. 100 CP73 en las resoluciones que se refieren a la pena a cumplir) y evitando en todo momento entrar siquiera mínimamente en el análisis de la nueva interpretación acuñada por el Supremo. Algunos de los argumentos esgrimidos en la STC 40/2012, de 29 de marzo de 2012, pueden ilustrar tanto el modo de argumentar de la mayoría del Pleno Tribunal Constitucional, como las razones que avalaron la presentación de

<sup>23</sup> Por ejemplo, al etarra José Ignacio Gaztañaga Bidaurreta, que iba a ser excarcelado el 29 de marzo de 2006, le notificaron cinco días antes la nueva liquidación de condena, conforme a la cual permanecería en prisión hasta el 21 de marzo de 2018 (al respecto véase la noticia “El Constitucional mantiene la ‘doctrina Parot’ a 24 etarras y excarcela a tres”, publicada en el periódico *El País* el 29 de marzo de 2012).

varios votos particulares contrarios al fallo dictado en la resolución de todos estos recursos<sup>24</sup>.

Así, la posible vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) que supondría la modificación del sistema de cómputo de la redención de penas por el trabajo, y que en estos supuestos derivaba lógicamente en una lesión del derecho a la libertad personal (art. 17 CE), fue rechazada, apoyándose para ello en la supuesta distinción existente entre “ pena” y “ ejecución de la pena”. En efecto, la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional entendió que dicha cuestión quedaba fuera del ámbito tutelador del art. 25.1 CE, en la medida en que la “Doctrina Parot” constituía una interpretación de la que no se derivaba “ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto”. Para avalar dicha conclusión, el fallo mayoritario invocaba determinada jurisprudencia del TEDH dictada en aplicación del art. 7.1 del Convenio<sup>25</sup>: la STEDH, de 10 de julio de 2003 (*Grava c. Italia*) y la de 15 de diciembre de 2009 (*Gurguchiani c. España*)<sup>26</sup>. Sin embargo, como se señala en el voto particular de Asúa Batarrita, con ello (quizá interesadamente) se obviaba otras sentencias europeas en las que se había mantenido una posición contraria a establecer la distinción entre penas y medidas de ejecución de la misma en base a criterios formales y apriorísticos (como la STEDH de 12 de febrero de 2008, *Kafkaris c. Chipre*<sup>27</sup>); de este modo, la constitucionalidad o no del cambio de criterio que implicaba la Doctrina Parot debería haber sido analizada “atendiendo al fundamento material del derecho consagrado en el art. 25.1 CE porque *tal cambio de criterio altera de forma sustancial la previsión racionalmente fundada sobre la duración efectiva de la pena que la persona condenada pudo establecer al comenzar su ejecución*”.

Como se ha mencionado, la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional no osó cuestionarse la bondad constitucional de tal Doctrina, arguyendo que “no nos corresponde pronunciarnos directamente sobre cómo interpretar y aplicar al caso el art. 70 en relación con el art. 100 CP 1973, y sobre cuál ha de ser el límite de cumplimiento y el modo de computar las redenciones, pues se trata de decisiones de ejecución de lo juzgado que, de acuerdo con el art. 117 CE corresponden en exclusiva a los órganos judiciales”. Sí lo hizo en cambio el voto particular ya citado, el cual, tras realizar varias (y acertadas) consideraciones críticas en torno a la artificiosa (y alegal) distinción entre “condena” y “pena” que formuló el Tribunal Supremo para justificar su nueva interpretación, vino a afirmar lo que ya a todas luces resultaba evidente: que la Doctrina Parot se dictó porque a este órgano judicial

<sup>24</sup> Cinco magistrados del Tribunal Constitucional emitieron votos particulares discrepantes con las sentencias que avalaban la Doctrina Parot: Adela Asúa, Elisa Pérez Vera, Eugeni Gay, Luis Ortega y Pablo Pérez-Tremps.

<sup>25</sup> En cuya virtud, *Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*.

<sup>26</sup> En la que se afirma que “la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7.

<sup>27</sup> En este asunto se analizaba un cambio de interpretación del alcance real de la pena de prisión perpetua, pena que, pese a su denominación, se traducía en una privación de libertad de veinte años, conforme a determinado reglamento penitenciario. Al respecto, el TEDH estableció que el conocimiento y la aplicación de las normas penitenciarias no era un cuestión de mera ejecución de la pena en el caso analizado, y que el problema residía en la falta de “calidad de la ley”, al no permitir discernir de forma razonable “el alcance de la pena de prisión perpetua y la forma de su ejecución”. Conforme a lo anterior, el TEDH declaró que en este caso se había conculado el art. 7 del Convenio.

le parecía inadecuado que el máximo legal de cumplimiento efectivo afectara por igual tanto a una condena de treinta y dos años como a una de trescientos veinte. Sin embargo, aun admitiendo que tal equiparación constituya una falla legal (cuestión harto discutible), concluye el voto particular que “un defecto de este cariz en la norma penal no legitima una *reconstrucción judicial* de la misma [...]. En definitiva, trasladar las pautas político-criminales del nuevo código a la aplicación del anterior formalmente ya derogado, no solo no puede resolver los problemas de disparidad apuntada sino que aboca a incoherencias sistemáticas graves porque una interpretación de una norma preexistente no puede llegar a establecer matizaciones incompatibles con el tenor de la ley, que solo el legislador puede fijar con la precisión requerida”.

### ***La Sentencia del TEDH***

A la vista de lo anterior, no puede extrañar que Del Río Prada decidiera abandonar la vía jurisdiccional española antes de agotarla y presentar en agosto de 2009 su demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que denunciaba entre otras cosas la infracción del art. 7 del Convenio que suponía la aplicación retroactiva de la Doctrina Parot. La demanda fue atribuida a la Sección Tercera del TEDH, la cual se pronunció a favor de la demandante el 10 de julio de 2012<sup>28</sup> en cuanto a la vulneración del precepto citado, empleando para ello algunos argumentos que ya fueron puestos de manifiesto tanto por los magistrados discrepantes de la Sentencia del Tribunal Supremo que originó la Doctrina Parot, como por los que disintieron de la Sentencia del Tribunal Constitucional que la legitimó.

En efecto, la Sala de la Sección Tercera del TEDH que conoció de este asunto entendió que, si bien las disposiciones del CP73 aplicables a la redención de penas y al tiempo máximo de condena eran un tanto ambiguas, en la práctica tanto las autoridades penitenciarias como los órganos judiciales españoles trataban el máximo de cumplimiento efectivo como una pena nueva e independiente, a la que debían aplicarse los beneficios penitenciarios, redención de penas por el trabajo incluida. En el momento en que fueron juzgados los hechos cometidos por la demandante y adoptada la decisión de acumular sus penas (noviembre de 2000), razona el Tribunal, tanto la legislación española aplicable como la jurisprudencia emitida al respecto eran lo suficientemente precisas como para permitir a la recurrente “discernir en medida razonable el alcance de la pena impuesta y su forma de ejecución”. De este modo, la nueva interpretación dada por el Tribunal Supremo sobre el cómputo de la redención de penas por el trabajo había tenido el efecto, retroactivo y desfavorable, de ampliar el tiempo en prisión de la interesada en casi nueve años, privándole así de un acortamiento de la condena al que de otra forma habría tenido derecho. Tal medida, prosigue el Tribunal Europeo, “no sólo afectaba a la ejecución de la pena impuesta a la recurrente, sino que tenía un impacto decisivo en el alcance efectivo de la misma a efectos del artículo 7”, haciendo difícil, “por no imposible, para la recurrente imaginar, tanto en el momento de comisión del delito como en el de acumulación de las penas y fijación de una condena máxima, que el Tribunal Supremo se desviaría en 2006 de su anterior jurisprudencia para modificar los mecanismos de redención de penas; y que, por ende, esa nueva interpretación se aplicaría a su caso y resultaría en un internamiento sustancialmente más largo”. Es por ello que “los tribunales nacionales no pueden, retroactivamente y en perjuicio de las personas interesadas, aplicar las políticas penales que sustentan cambios legislativos, cuando éstos se han introducido con posterioridad a la comisión de un delito”.

<sup>28</sup> Sobre este primer pronunciamiento europeo, véase por ejemplo Alcácer Guirao (2012: 929 ss.).

El 4 de octubre de 2012 el TEDH recibió por parte del gobierno español una petición de remisión a la Gran Sala, petición a la que se accedió el 22 de octubre, celebrándose audiencia pública el 20 de marzo de 2013, en la que el gobierno se dedicó a repetir los argumentos esgrimidos por la STS 197/2006 y a ensalzar sus virtudes (virtudes que además habían sido ratificadas por nuestro excelso Tribunal Constitucional), amén de acusar al TEDH de haberse alejado en este caso de su propia doctrina jurisprudencial (!), respecto de la diferenciación entre penas y medidas de ejecución. Sin embargo, ni las observaciones de la Comisión Internacional de Juristas (a la que también se solicitó su opinión sobre el asunto), ni la propia valoración realizada por la Gran Sala del TEDH, fueron favorables a la pretensión del gobierno español.

Para empezar, la Gran Sala recuerda que en asuntos anteriores (como el caso *Kafkaris*) ya había reconocido que, en la práctica, la distinción entre pena y medidas de ejecución no es siempre nítida, y que determinadas interpretaciones de ciertas normas penitenciarias pueden trascender la mera ejecución de la condena para afectar de lleno a la pena misma. Por otro lado, y también conforme a lo declarado en otras decisiones anteriores (como la del asunto *Hirsí Jamaa y otros c. Italia*), el Tribunal europeo señala que la palabra “impuesta,” empleada en la segunda frase del art. 7.1 del Convenio, “no puede interpretarse que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia” (entre otras cosas porque el Convenio debe interpretarse y aplicarse “de forma que los derechos en él reconocidos resulten efectivos en la práctica y no teóricos”), siendo posible por consiguiente que tanto una disposición legislativa como una medida administrativa o una sentencia judicial posteriores a la condena definitiva puedan redefinir o modificar el alcance de la “pena” impuesta por el tribunal sentenciador, conculcando el principio de irretroactividad consagrado en el art. 7.1 *in fine* del Convenio. Además, la Gran Sala especifica que la noción de “Derecho” (“law”) utilizada en el art. 7 incluye tanto el “legislativo” como el “jurisprudencial” e implica ciertas cualidades, como las de accesibilidad y previsibilidad, de modo que también las interpretaciones judiciales, si bien necesariamente pueden ser cambiantes para adaptarse a las circunstancias en que se producen, han de ser en todo caso razonablemente previsibles para no incurrir en una violación del art. 7, pues de otro modo “no se atendería al objeto y el objetivo de esta disposición –que pretende que nadie sea sometido a actuaciones judiciales, condenas o sanciones arbitrarias–”.

A partir de aquí, el resto del contenido de la sentencia era igualmente previsible: El TEDH considera que “la aplicación a la demandante de la nueva jurisprudencia retrasó de manera efectiva la fecha de su puesta en libertad en casi nueve años. En consecuencia, ella ha cumplido un período de prisión superior a aquél que habría cumplido de acuerdo con la legislación en vigor en el momento de su condena, tomando en cuenta las reducciones de condena que le habían sido ya reconocidas de acuerdo con la ley [...]. El Tribunal concluye que a partir del 3 de julio de 2008 la privación de libertad de la demandante no ha sido “legal”, con infracción del art. 5.1 del Convenio. [...] Teniendo en cuenta las circunstancias específicas de este caso y la urgente necesidad de poner punto final a las infracciones del Convenio que se declaran, entiende que incumbe al Estado demandado asegurar que la demandante sea puesta en libertad en el plazo más breve. Además, el Tribunal concede a la demandante 30.000 euros por los daños morales causados, más los intereses de demora que procedan.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> El fallo de la Gran Sala fue unánime respecto de la violación del art. 5.1 y mayoritario en relación con la vulneración del art. 7 (quince votos a favor y dos en contra), la orden de inmediata puesta en libertad

## 5. Refundición de condenas y prisión perpetua: Algunas reflexiones

Afortunadamente la Doctrina Parot ya es historia. Su anulación por parte del TEDH debiera suponer un “tirón de orejas” para quienes dictan ciertas resoluciones judiciales con la pretensión, en determinadas situaciones o ante determinados sujetos enjuiciados, de imponer su visión político criminal por encima de lo dictaminado por otros tribunales, o de lo regulado por el propio legislador. Sin embargo, una de las cuestiones suscitadas, o resucitadas, por la STS 198/2006 no fue objeto de consideración en el fallo europeo que pone fin al asunto *Del Río Prada*. Me refiero a la refundición de condenas y a los criterios elaborados por el Tribunal Supremo para aplicarla. Tras la Sentencia del TEDH, esos criterios se mantienen inalterados, a pesar de constituir, al igual que lo fue la propia Doctrina Parot, un ejemplo palpable de una cierta “creación judicial del derecho” que entra en abierta contradicción con los pilares fundamentales de nuestro Estado democrático al sustituir la voluntad general de la ciudadanía, representada en las normas aprobadas por el poder legislativo, por la voluntad de un puñado de jueces, aunque estos sean magistrados del Tribunal Supremo<sup>30</sup>.

Antes de exponer las razones que avalan la afirmación anterior quizá sea conveniente resumir los argumentos que permitieron al TS acuñar la “Doctrina Parot”. Así, con la loable finalidad de hacer efectivos “los principios de humanización de las penas y vocación de reintegración social contenidos en el art. 25 de la CE” en la refundición de condenas, el TS mantuvo su interpretación de los artículos 76 CP95 (antes 70.2 CP73), 988 y 17 LECR, interpretación que prácticamente deja sin contenido a este último al prescindir de los criterios establecidos en su número 5º (analogía, relación, “juicio del Tribunal”) en favor del cronológico. Sin embargo, los objetivos humanizadores y reinserciones fueron convenientemente olvidados a la hora de aplicar, en casos concretos con nombres y apellidos, una institución dirigida a desarrollar esos mismos principios limitadores, como era la redención de penas por el trabajo. Para dar una solución *ad hoc* a esos casos, que contentara a la “opinión pública” retrasando la excarcelación de los delincuentes más odiados, el TS no dudó tampoco en obviar otro de los principios que constituye uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, el de irretroactividad, y en justificar su nueva interpretación, carente por completo de base legal, en la retribución, fin de la pena que aparece ciertamente alejado (cuando no en las antípodas) de otros principios que son invocados de forma simultánea. La conclusión de todo este despropósito no

170

---

(dieciséis votos a favor y uno en contra) y el pago de indemnización (diez votos a favor y siete en contra). Naturalmente, también hubo votos particulares que discreparon de la opinión mayoritaria en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH, pero a diferencia de lo que sucedió en el caso de los tribunales españoles, tales votos particulares no diferían esencialmente de lo acordado por la mayoría. Así, el voto particular concurrente del juez Nicolau señalaba que la aplicación retroactiva de la Doctrina Parot no vulneraba, en sí misma, el art. 7 del Convenio, pero que “era incompatible con el artículo 5.1, ya que privaba a la recurrente de un derecho adquirido a una excarcelación anticipada”. Similar es el voto particular conjunto parcialmente discrepante de los jueces Mahoney and Vehabovic, en el que niegan que exista violación del art. 7 del Convenio (aunque “entendemos bien el aspecto humanitario que subyace al razonamiento de la mayoría y reconocemos que las circunstancias del presente caso son harto extraordinarias y, sin duda, perturbadoras desde el punto de vista del trato justo a los reclusos, especialmente a los que tienen la perspectiva de permanecer recluidos una gran parte de su vida”) pero manifiestan su acuerdo con respecto a la infracción del art. 5.1. Especialmente curiosa es la posición del juez Mahoney, que suscribe en soledad otro voto particular en el que se muestra contrario a la orden de puesta en libertad dada al gobierno español, por no considerar que “semejante orden esté justificada por verificarse una vulneración del artículo 5.1 del Convenio”. Por su parte, los jueces Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens y Gritco votaron contra la mayoría solo en lo referente a la concesión de una indemnización por daños a la recurrente, por entender que en un caso como el presente, en el que la demandante “ha sido condenada por numerosos delitos graves de terrorismo [...], la conclusión de violación emitida por el Tribunal, adoptada junto con la medida indicada al amparo del artículo 46, constituye suficiente resarcimiento”.

<sup>30</sup> Cfr. Álvarez García (2013: 38 ss.).

podía ser más absurda: se accede a la refundición de casi cuatro mil años de condena en un “cumplimiento máximo” (que no se sabe qué es, pero que se niega que sea una nueva pena) de treinta años, porque los principios de humanidad de las penas y resocialización del delincuente así lo exigen; en cambio, se afirma que los días redimidos por actividades realizadas en prisión deben descontarse no ya de ese cumplimiento máximo, sino de cada una de las penas cuya suma asciende a los casi cuatro mil años, porque el fin retributivo así lo exige.

Como se decía, el anterior despropósito fue por fortuna anulado por la Sentencia del TEDH, fallo que lamentablemente no puede beneficiar a los condenados por hechos cometidos tras la entrada en vigor del CP95, que no sólo deroga la redención de penas por el trabajo sino que, desde 2003, permite legalmente el cumplimiento íntegro de condenas de hasta cuarenta años. Pero aún permanecen inalteradas las consecuencias que se extraen de la interpretación que realiza el TS, sin posibilidad de réplica, de la institución de la refundición de condenas. Y esas consecuencias, quizá inevitables, pueden sin embargo suscitar la incomprendición de la ciudadanía.

En efecto, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pueden ser “refundidos” en una única condena (de 20, 30 ó 40 años, según los casos) todos los hechos delictivos que fueron realizados antes de recaer sentencia en la primera causa que se ocupe de alguno de dichos hechos. Ésta es la verdadera razón del porqué los casi cuatro mil años por la comisión de varios atentados impuestos a Henri Parot, o los más de dos mil años impuestos por hechos similares a Inés Del Río Prada, pudieron ser refundidos en un cumplimiento máximo que, de haber prosperado la doctrina del TS, hubiera sido de treinta años en lugar de veinte.

171

Como consecuencia de lo anterior, cualquier condena recaída por nuevos hechos, cometidos *después* de haber sido enjuiciados los anteriores no son de ningún modo susceptibles de acumulación, de forma que la nueva condena deberá ser cumplida *a continuación* del tiempo inicialmente establecido como máximo cumplimiento efectivo. El planteamiento general que lleva al TS a llegar a esta conclusión puede resultar comprensible (evitar la impunidad de aquéllos que, tras cumplir el máximo de tiempo efectivo en prisión por acumulación, vuelvan a cometer delitos), pero inevitablemente puede también implicar resultados materialmente injustos, cuando se trata de delincuentes multirreincidentes que, sin embargo, no tienen en su haber ningún delito de sangre. Al respecto, baste con citar el caso de Juan José Moreno Cuenca, alias *El Vaquilla*. Su primer ingreso en la cárcel se produjo en 1975, cuando tenía 14 años. Una vez en prisión, *El Vaquilla* protagonizó incidentes, alborotos y fugas, lo que agravó su situación penal, de tal manera que los seis años iniciales de condena se fueron multiplicando progresivamente, tras los diversos delitos cometidos durante su permanencia en diversas prisiones. En abril de 2000, fue condenado a otros 24 años y seis meses de prisión por pequeños robos cometidos durante los cinco días que permaneció fugado en julio de 1999. Su última condena recayó en julio de 2002, por la comisión de una falta contra el orden público consistente en insultar a varios funcionarios de la prisión de Brians, a los que llamó “perros carceleros”. Su salida de la cárcel en libertad condicional estaba prevista para febrero de 2007, pero falleció en diciembre de 2003 a los 42 años de edad, tras pasar más de la mitad de su vida en prisión. Juan José Moreno Cuenca nunca había sido condenado por delitos de sangre<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Véase las noticias publicadas en los periódicos *El País* de 19 de abril de 2000, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://elpais.com/diario/2000/04/19/espana/956095220\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2000/04/19/espana/956095220_850215.html), y

Por otro lado, no parece adecuado equiparar los hechos delictivos cometidos por el excarcelado, una vez ha salido de prisión tras cumplir su sentencia, con aquellos otros cometidos dentro de la cárcel que sean *análogos* o *estén relacionados* con la actividad delictiva que le llevó a prisión, y ello por más que la ignorancia de estos dos criterios, expresamente recogidos en el número 5 del art. 17 LECR, le viniera de perlas al TS para ampliar la estancia en la cárcel de Henri Parot. Veamos un ejemplo: un individuo es condenado a cuatro penas de 25 años de prisión por asesinar a cuatro miembros de una banda enemiga; cuando se halla en la cárcel cumpliendo su condena, coincide con el quinto miembro de la misma banda, al que lesiona causándole la pérdida de un ojo, hecho que se enjuicia como lesiones graves, condenando al culpable con una nueva pena de 10 años de prisión. Si tal individuo hubiera podido asesinar a los cinco miembros de la banda antes de ser detenido por la policía, el máximo de cumplimiento efectivo por los cinco asesinatos cometidos sería, conforme al art. 76 CP95 en vigor, de 40 años; en cambio, dado que no consiguió alcanzar su meta, y que solo pudo lesionar al quinto miembro una vez ingresado en prisión, a los 40 años de cumplimiento (por los hechos iniciales ya enjuiciados) deberá añadirse una nueva condena de 10 años (correspondiente a los hechos posteriores al primer enjuiciamiento, y ello a pesar de la evidente conexión que guardan con los primeros, por su analogía y relación entre sí, aunque no conforme al criterio cronológico impuesto como *conditio sine qua non* por el Tribunal Supremo), con lo que, a la postre, cumplirá más tiempo en prisión por haber sido torpe.

En la Sentencia Parot, el Tribunal Supremo pretendió reforzar su interpretación en favor de la sola consideración del criterio cronológico aludiendo a la reforma penal operada por la LO 7/2003, que habría incluido dentro del art. 76.2 CP95 una referencia expresa a dicho criterio. En efecto, el art. 76.2 dispone que las limitaciones al cumplimiento de penas establecidas en el apartado anterior se aplicarán *aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo*. Como puede comprobarse, la nueva redacción dada en 2003 al artículo 76.2 no significaba la supresión de la referencia a la “conexión” de los hechos, sino que añadía a continuación la expresión *el momento de su comisión* precedida de la disyuntiva “o”, de modo que caben otras interpretaciones.

172

O quizás debiera decirse que *cabían otras interpretaciones*, pues el Proyecto de Código Penal de 2013 prevé la modificación del artículo 76.2 en los siguientes términos: *La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*. Con tal modificación, según se expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto, se pretende *fijar con claridad –conforme al criterio consolidado en la jurisprudencia– las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena a las que hayan sido impuestas en diversos procedimientos*.

La “conexidad” entre el actual gobierno de la nación y el Tribunal Supremo parece, en definitiva, evidente.

---

ABC de 19 de diciembre de 2003, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-19-12-2003/abc/Gente/fallece-juan-jose-moreno-cuenca-el-vaquilla-por-cirrosis-a-los-42-a%C3%B1os\\_227593.html#](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-19-12-2003/abc/Gente/fallece-juan-jose-moreno-cuenca-el-vaquilla-por-cirrosis-a-los-42-a%C3%B1os_227593.html#). Revisadas el 31 de diciembre de 2013.

## Bibliografía

- ALCÁZER GUIRAO, R. (2012), "Tribunal Europeo de Derechos Humanos – La ‘doctrina Parot’ ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n.o 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 43, pp. 929-952.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2006), "El nuevo modelo de política criminal", *Jueces para la Democracia*, Núm. 57, pp. 18-32.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2013), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2013), "Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)", *Revista Penal*, Núm. 31, pp. 52-69.
- CUERDA RIEZU, A.R. (2006), "El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 7, pp. 215-296.
- GONZÁLEZ FRANCO, J.A y RAGUÉS I VALLÈS, R. (2007), "La refundición de penas en el derecho penal vigente: a propósito del caso ‘Henri Parot’", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 730, pp. 2-4.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2003), "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Núm. 1, pp. 1-20.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (2013), "Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción", *InDret*, Núm. 1, pp. 1-22.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L (2006), "Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado Caso Parot", *La Ley*, Núm. 2, pp. 1325-1327.
- MUÑOZ CLARES, J. (2012), "Sobre la llamada ‘Doctrina Parot’", *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 18, pp. 1-18.
- ORTS BERENGUER, E. (2009), "Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso Parot)", Núm. 1, pp. 27-43.
- QUERALT, J.J. (2010), "Terrorismo y castigo penal. Cumplimiento íntegro de las penas y doctrina Parot", *InterseXiones*, Núm. 1, pp. 115-135.
- RADBACH, G. (2005), "El delincuente por convicción", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 7, pp. 1-5.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (2003), "La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia", *La Ley*, Núm. 4, pp. 1641-1651.
- VIVES ANTÓN, T. (2011), "Sobre la dignidad del sistema jurídico", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 59-74.





## Derecho Internacional Humanitario y lucha contra el terrorismo: El caso Guantánamo

Lucas Rodríguez de las Heras

Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid

[lucas.rodriguezdelasheran@gmail.com](mailto:lucas.rodriguezdelasheran@gmail.com)

### Resumen

La creación del centro de detención de Guantánamo en 2002 dentro del marco de la lucha contra el terrorismo iniciada por los Estados Unidos tras los atentados terroristas del 11-S ha significado un importante retroceso en los principios contenidos en Derecho Internacional Humanitario. La no aplicación de los estatutos existentes a los detenidos, la creación de nuevos estatutos o el establecimiento de las comisiones militares son algunos de los ejemplos que ponen de manifiesto el incumplimiento llevado a cabo por la administración estadounidense de estos principios. Este artículo defiende que cuestiones como la concesión del estatuto de prisionero de guerra, el respeto del estándar mínimo de derechos humanos e incluso la posibilidad de que los detenidos puedan ser juzgados por tribunales estadounidenses están detrás de asegurar una solución al problema de la prisión de Guantánamo que facilite su posible cierre definitivo.

### Palabras clave

Guantánamo, Derecho Internacional Humanitario, estándar mínimo, comisiones militares, terrorismo.

174

## International Humanitarian Law and fight against terrorism: Guantanamo's case

### Abstract

The creation of Guantanamo Detention Centre in 2002, after September 11th attacks, has had a significant impact on the International Humanitarian Law principles. Since then, United States Administration has made many controversial decisions such as abolishing detainee status, creating new ones and establishing military commissions. This paper argues these new policies followed in the prosecution of the war on terror and questions the protection of minimum standards of human rights and the role played by United States Courts in finding a solution to Guantanamo situation to bring forward its closing.

### Keywords

Guantanamo, International Humanitarian Law, minimum standards, military commissions, terrorism.

## 1. Introducción

Cuando en enero de 2002 la Administración Bush decidió establecer en la base naval de la Bahía de Guantánamo un centro de detención de máxima seguridad para los prisioneros de su denominada guerra contra el terrorismo, parecía difícil augurar que 11 años después seguiría en funcionamiento. A lo largo de este tiempo dicho centro ha ejemplificado los excesos que los Estados democráticos pueden llegar a cometer en su lucha por mantener la seguridad del Estado, incluso cuando en esa defensa se violen los derechos humanos. La Administración Bush trató desde un principio de situarla al margen de la ley y de convertir los derechos humanos básicos en elementos negociables más que de carácter universal.

Con Guantánamo, el sistema jurídico estadounidense ha visto cómo sus estándares constitucionales han sido rebajados para que pueda encajar en el sistema un centro que de manera notoria incumple con los derechos y las garantías que se consideran fundamentales en todo Estado de Derecho. Además, Guantánamo supone en el plano internacional una vulneración clara tanto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La llegada a la Casa Blanca de Barack Obama en enero de 2009 abrió la posibilidad de clausurar el centro de detención de Guantánamo ya que había sido una de sus propuestas clave durante la campaña electoral. Sin embargo, y a pesar de que el 22 de enero el nuevo Presidente emitiera una orden ejecutiva que ordenaba su cierre, diversas dificultades han impedido que hasta el momento dicho cierre se haya producido.

175

Antes de entrar en el análisis de la situación jurídica de los detenidos en Guantánamo nos referiremos a algunos datos que ponen de manifiesto la trascendencia que a lo largo de estos 11 años ha alcanzado este centro de detención.

De los cerca de 800 presos que llegó a albergar, en la actualidad 171 personas siguen detenidas en el penal de Guantánamo (Gartenstein-Ross, 2012: 256). De ellos, unos están a la espera de ser liberados (59) mientras que 48 han sido considerados como demasiado peligrosos para ser puestos en libertad, pero también para ser juzgados tanto por las comisiones militares como por los tribunales ordinarios, ya que parecen no existir evidencias suficientes para ser condenados. Con respecto a los detenidos ya juzgados, tan sólo 6 de los casi 800 detenidos han sido declarados culpables por las comisiones militares que se constituyeron a tal efecto (Englerth, 2008: 407).

Más allá de estos datos concretos, a lo largo del artículo vamos a centrarnos en primer lugar en las fuentes que nutren el DIH, lo que nos permitirá aproximarnos a una definición del mismo; en segundo lugar, analizaremos los diferentes estatutos que el DIH otorga a las personas que participan en un conflicto armado y la decisión de Estados Unidos de crear nuevas figuras no reconocidas por el derecho internacional. En tercer lugar, propondremos la necesidad de aplicar en estos casos lo que se denomina como estándar mínimo a la hora de aplicar a todos los detenidos un trato humanitario. Finalmente, y estrechamente relacionado con esta cuestión, veremos la adecuación de las comisiones creadas para juzgar a los presos de Guantánamo con este derecho a un trato humanitario, que incluye el de un juicio justo.

## 2. El Derecho Internacional Humanitario y sus fuentes

El DIH o *ius in bello* está compuesto por el conjunto de reglas cuyo objetivo es la humanización de las situaciones bélicas<sup>1</sup>. Esta humanización se manifiesta a través de dos líneas de actuación: por un lado, proteger a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y, por otro, limitar los medios y métodos de hacer la guerra. De este modo,

[e]l derecho internacional humanitario [...] no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos, sino que frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario (Salmón, 2004: 23).

El DIH así concebido se considera que está compuesto por dos conjuntos de reglas. Por un lado, aquellas destinadas a regular la conducta de las partes en conflicto durante las hostilidades, conocido como Derecho de La Haya o Derecho de la guerra; y por otro, las dirigidas en particular a proteger a las víctimas del conflicto, denominado Derecho de Ginebra. Si bien es cierto que en un principio se tendió a promover una separación entre ambas ramas, hoy en día es por todos aceptado la estrecha relación existente entre ambas<sup>2</sup>. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Internacional de Justicia, quien en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares afirmó que

[...] esas dos ramas del Derecho aplicable en casos de conflicto armado han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se ha convertido en un régimen complejo único, conocido actualmente como derecho internacional humanitario<sup>3</sup>.

En relación con las fuentes del DIH destaca, en primer lugar, su fuerte base consuetudinaria, la cual ha servido para el posterior desarrollo convencional del mismo. Este desarrollo normativo tiene su punto de partida en el *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña* de 22 de agosto de 1864, y se ha centrado tanto en la rama del Derecho de Ginebra como en la del Derecho de La Haya. Actualmente, el núcleo de este derecho convencional se encuentra formado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y por sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Además, para el posterior desarrollo de los citados tratados internacionales la costumbre juega un papel crucial en el DIH. El hecho de que gran parte de los principios y normas consuetudinarios ya hayan sido incorporados a los tratados internacionales no desvirtúa el carácter originario de estos. De hecho, la Cláusula

<sup>1</sup> Como Thomas Meron ha afirmado, “[...] en tanto la necesidad militar era en el origen el factor dominante, con el tiempo fue creciendo en importancia el principio de las restricciones humanitarias.” Citado en Rodríguez-Villasante y Prieto (2002: 47). En esta misma línea, Manuel Pérez González (2002: 43) se refiere al derecho internacional humanitario como aquel que “[...] procura contralar la guerra poniéndole frenos normativos a fin de delimitar sus efectos devastadores (*ius in bello*), sometiéndola, en definitiva, a reglas de humanidad.”

<sup>2</sup> En relación con la superación de esta dicotomía, Pérez González (*id.*: 44) afirma: “No en vano un básico instrumento convencional perteneciente al Derecho de Ginebra, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, incorpora en su artículo 35 el principio recogido en el artículo 22 del Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, establece prohibiciones específicas de recurrir a ciertos métodos y medios de guerra [...], y sienta el esencial principio que ordena a las partes en conflicto hacer distinción entre población civil y combatientes, por una parte, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, por otra.”

<sup>3</sup> Tribunal Internacional de Justicia, opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Disponible en: <http://www.icij-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&case=95>. Revisado el 1 de enero de 2014.

Martens<sup>4</sup> refleja esa coexistencia aclarando que el objetivo de ambos debe ser el otorgar a las personas en tiempo de conflicto armado una protección humanitaria básica, indispensable sin importar el origen consuetudinario o convencional de la misma.

A través de esta Cláusula se pretende que el derecho consuetudinario pueda cubrir las posibles lagunas que el derecho convencional, dado que sólo vincula a los Estados que lo han ratificado, pueda dejar en relación con las víctimas de todo conflicto armado. Por este motivo resulta necesario conocer qué normas de derecho internacional tienen carácter consuetudinario. Para responder a esta difícil cuestión es necesario fijarse en cuál ha sido la práctica generalizada, representativa y uniforme de los Estados a este respecto, poniendo especial atención en la posible implementación de las normas de DIH en los ordenamientos internos.

De este proceso podemos llegar a concluir que existen una serie de principios que forman parte del derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, deben respetar todos los estados independientemente de si forman parte o no de los instrumentos convencionales concretos que los desarrollan. Nos estamos refiriendo a los principios de distinción, el de proporcionalidad, la definición de objetivos militares, el deber de tomar precauciones en los ataques, así como la prohibición de ataques indiscriminados. Igualmente, normas como las de la obligación de respetar y proteger al personal y los bienes médicos y religiosos, al personal y los bienes de las organizaciones imparciales que prestan ayuda humanitaria, así como el deber de respetar los bienes culturales y el medio ambiente, y regular el trato a las personas privadas de libertad y las garantías procesales de las que gozan las personas incriminadas, forman también parte del derecho internacional consuetudinario<sup>5</sup>.

177

Finalmente, hay que hacer mención a una serie de principios que se han mantenido presentes a lo largo de toda la evolución del DIH (tanto en su expresión consuetudinaria como codificada) y cuyo fin último ha sido el de poner límites y condiciones a la violencia bélica. Estos principios, algunos ya citados en la anterior enumeración de normas consuetudinarias, han sido mencionados en numerosas ocasiones por el Tribunal Internacional de Justicia en sus pronunciamientos y han sido extraídos tanto del Derecho de Ginebra como del Derecho de La Haya. Estos principios se encuentran recogidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra<sup>6</sup>: el deber de tratar con humanidad a todas aquellas personas que no participen directamente en las hostilidades; el principio de no discriminación, que no excluye la posibilidad de hacer distinciones de carácter favorable basadas en el sufrimiento, el desamparo o la debilidad natural de ciertas personas; el principio de inviolabilidad, que sienta la prohibición absoluta de los atentados contra la vida o la integridad corporal y contra la dignidad de la persona; y el principio de seguridad, que prohíbe actos tales como la toma de rehenes y el enjuiciamiento o ejecución sin previo juicio que ofrezca las suficientes garantías (Pictec, 1989: 56-59).

Así analizado el contenido del DIH y a modo de conclusión puede definirse su concepto de acuerdo con lo expuesto por Rodríguez-Villasante y Prieto:

<sup>4</sup> Para profundizar en la relevancia de la Cláusula Martens en el ámbito de los conflictos armados ver: Ticehurst (1997: 131-141).

<sup>5</sup> XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2-6 de diciembre de 2003. 03/IC/14, Ginebra, 2003, Vol. II, página 7.

<sup>6</sup> Artículo 3 común a los cuatro *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDKX2>. Revisado el 1 de enero de 2014.

Conjunto de normas jurídicas (fundamentalmente convenios internacionales y costumbre internacional) que regulan los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado y los medios y modos de combatir (Derecho de La Haya), y la protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil) y de los bienes (culturales, indispensables para la supervivencia de la población civil y medio ambiente natural) víctimas de la acción hostil (Derecho de Ginebra); limitando el uso de la fuerza y sin afectar el Estatuto jurídico de las Partes en conflicto. (Rodríguez Villasante y Prieto, 2002: 65)

Precisamente en esa segunda parte de la definición propuesta por Rodríguez-Villasante y Prieto es en la que nos vamos a centrar a la hora de analizar la cuestión de los presos de Guantánamo. Es decir, vamos a profundizar sobre si la clasificación y el trato recibido por los casi 800 prisioneros retenidos allí durante los últimos 11 años se ha ajustado a lo estipulado por el DIH.

### **3. Los detenidos de Guantánamo y su estatuto según el DIH**

De manera general, el DIH distingue entre combatiente legal e ilegal<sup>7</sup>. Combatientes legales se consideran aquellos que tienen derecho a tomar parte activa en las hostilidades y que, por tanto, no pueden ser perseguidos por participar en ellas, siempre y cuando al hacerlo no cometan una violación de los Convenios de Ginebra. Por su parte, los combatientes ilegales son aquellos que, sin ser miembros de las fuerzas armadas o de milicias y cuerpos de voluntarios partes en el conflicto, participan de manera irregular en él (Ambos y Poschadel, 2013: 111).

Partiendo de esta clasificación genérica, se establece un régimen jurídico según el estatuto bajo el que se clasifica a cada individuo. Por un lado, los denominados combatientes legales cuentan con el estatuto de prisionero de guerra regulado en el Tercer Convenio. Por otro, las personas clasificadas como combatientes ilegales se encuadran dentro de los estatutos de civil regulado por el Cuarto Convenio o el de herido, náufrago o enfermo, regulado por el Primer y Segundo Convenio. La relevancia de esta categorización es doble. En primer lugar, el hecho de que cada estatuto da lugar a la aplicación de una serie de derechos determinados; y en segundo lugar, el que todo detenido indistintamente de su condición debe estar incluido en alguna de las categorías mencionadas.

Para facilitar la distinción entre combatiente legal e ilegal, en el artículo 4(A) del Tercer Convenio de Ginebra se especifica claramente las categorías de personas a las que, una vez en manos enemigas, se les debe otorgar el estatuto de prisioneros de guerra, con especial hincapié en los diferentes miembros de las fuerzas armadas y en los miembros de las milicias y cuerpos de voluntarios<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Es igualmente empleada la distinción entre combatiente privilegiado y no-privilegiado (del inglés *privileged and unprivileged combatants*) para referirse a esta misma situación.

<sup>8</sup> Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;

2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;

b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;

c) llevar las armas a la vista;

d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

Así definido, es importante insistir en la obligación de que la clasificación de los combatientes sea realizada de acuerdo con lo recogido en este artículo 4 y que en ningún caso dependa de una decisión unilateral tomada por el Estado.

A pesar de la obligación que tienen los Estados de clasificar a sus detenidos siguiendo los criterios establecidos por los Convenios de Ginebra, en el caso que estamos analizando, el de los presos de Guantánamo, los Estados Unidos decidieron no aplicar los Convenios de Ginebra a algunos de ellos. En concreto, la decisión de la administración norteamericana fue la siguiente: en primer lugar, se aplicarían los Convenios de Ginebra a los detenidos talibanes, pero no así a los miembros de Al Qaeda; en segundo lugar, a ninguno de los detenidos, ni los talibanes ni los de Al Qaeda, se les concedería el estatuto de prisionero de guerra; y por último, tanto los detenidos talibanes como los de Al Qaeda serían tratados acorde con los principios de humanidad<sup>9</sup>.

Para tratar de resolver esta situación, los Estados Unidos decidieron establecer una nueva categoría en las que incluir a los detenidos, tanto talibanes como miembros de Al Qaeda, a los que no querían otorgarle la condición de prisioneros de guerra. Esta decisión es claramente contraria al DIH, ya que ésta establece que no hay lugar para la creación de nuevas categorías. Es decir, no existe estatuto intermedio, ningún vacío entre la Tercera y la Cuarta Convención de Ginebra. Si un individuo no tiene derecho a la protección de la Tercera Convención como prisionero de guerra o a la de la Primera o Segunda Convención, necesariamente entrará dentro del ámbito de la Cuarta Convención.

La nueva categoría creada por la administración norteamericana fue la que consideraba a muchos de los detenidos de Guantánamo como combatientes enemigos. Bajo este concepto se incluía a todo individuo que formaba parte o que apoyaba a las fuerzas talibanes o de Al Qaeda, o con fuerzas asociadas que participaban en hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición. Esto incluye cualquier persona que haya cometido un acto “beligerante” o que haya apoyado directamente las hostilidades en ayuda de fuerzas armadas enemigas.

La creación de un nuevo estatuto no fijado previamente en el ordenamiento internacional tiene una doble consecuencia: por un lado, los detenidos en Guantánamo quedan al margen del ordenamiento y, por lo tanto, en una especie de

---

3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora;

4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, correspondentes de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto;

5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional;

6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.

Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Art. 4(A), de 12 de agosto de 1949. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDKX2>. Revisado el 1 de enero de 2014.

<sup>9</sup> El problema que se planteó a este respecto es que, como afirma Manuel Pérez González (2002: 15) citando a fuentes del ejército norteamericano, “esa diferenciación entre talibanes y al Qaeda viene a tropezar con el hecho, reconocido en círculos oficiales estadounidenses, de que las autoridades bajo cuya custodia están los detenidos no saben con seguridad cuántos de ellos son soldados talibanes y cuántos miembros de al Qaeda, cabiendo la posibilidad de que muchos no sean ni lo uno ni lo otro.”

limbo legal que les excluye de las protecciones derivadas del DIH. Por otro, la nulidad de pleno derecho de todo lo que se derive de dicha categoría.

#### **4. Estándar mínimo y derecho a un trato humanitario**

Debido a que, como ya hemos explicado con anterioridad, Estados Unidos decidió no otorgarle el estatuto de prisionero de guerra a un elevado número de los presos de Guantánamo, la cuestión del estándar mínimo y del derecho a un trato humanitario adquiere una mayor relevancia.

Así, y recordando la ya citada previamente Cláusula Martens, durante cualquier conflicto armado toda persona, sin importar su estatuto concreto, debe ser tratada con humanidad. Para ello se establece un estándar mínimo exigible por toda persona que se encuentre en manos de una de las partes en conflicto con el fin de que ésta sea tratada humanamente y sin discriminación: se prohíbe que se dicten sentencias y se impongan penas sin un juicio justo ante un tribunal imparcial y correctamente constituido.

De igual modo, debe ser respetado el estándar derivado de los derechos humanos fundamentales. Si bien en el caso del derecho humanitario las obligaciones de los Estados varían de acuerdo con la clasificación que del conflicto armado y de los individuos que participan en ella se haga, estas distinciones no son relevantes cuando nos referimos al derecho de los derechos humanos. De hecho, la protección de los derechos humanos resulta incluso aun más importante cuando se produce un cambio en la naturaleza del conflicto o cuando éste está acercándose a su fin. Por lo tanto, este conjunto de normas no derogables procedentes del DIH y del derecho de los derechos humanos constituye el estándar mínimo aplicable en caso de conflicto armado que debe regir sin distinción alguna en el tratamiento de todos los detenidos, en cualquier conflicto armado sea cual fuere su status concreto<sup>10</sup>.

En los casos en los que no se considera de aplicación el estatus de prisionero de guerra, el estándar mínimo se convierte en el punto de referencia a la hora de definir el trato que los prisioneros deben recibir. Tres son los aspectos en los que nos debemos centrar y que resultan claves para asegurar un trato humanitario para todos los detenidos no considerados prisioneros de guerra: duración de las detenciones, acceso a un abogado y condiciones de las detenciones.

En relación con la duración de las detenciones hay que resaltar que, según expresa el Comité de derechos humanos, la privación arbitraria de libertad no está justificada en ninguno de los casos, ni siquiera bajo un estado de emergencia<sup>11</sup>. La privación de libertad durante un conflicto armado se encuentra determinada por el DIH, el cual permite que dicha detención se prolongue hasta la finalización del

<sup>10</sup> “Uno de los grandes avances producidos en el desarrollo [del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos] es el reconocimiento generalizado de su recíproca influencia, traducida en unas interacciones que son reflejo de la existencia de un continuum de reglas entrelazadas de uno y otro sector. Desde la óptica del CICR, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales tiene idéntica finalidad que los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien el derecho internacional humanitario se aplica en las situaciones de conflicto armado, sin perjuicio de lo cual los derechos humanos –y ésta es una observación crucial– siguen siendo aplicables en esas situaciones de una manera concurrente” Pérez González y Rodríguez Villasante y Prieto (2003: 19).

<sup>11</sup> Comentario General N° 29 del Comité de derecho humano de Naciones Unidas de 31 de agosto de 2001, párrafo 11. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

conflicto<sup>12</sup> exceptuando los casos en los que los detenidos estén esperando el comienzo de un proceso judicial o que un tribunal dicte sentencia<sup>13</sup>.

Así, si aplicáramos lo recogido en el artículo 133 del Cuarto Convenio de Ginebra en el caso de los detenidos en Guantánamo, parece claro que Estados Unidos está traspasando los límites que al ejercicio de los poderes establece el DIH en un doble sentido: por un lado, al mantener a los detenidos bajo su jurisdicción una vez finalizado el conflicto armado y, por otro lado, al no otorgarles la posibilidad de revisar su situación ante los órganos judiciales competentes norteamericanos.

Con respecto al segundo de los aspectos, el derecho a la asistencia letrada tal y como se recoge en el DIH está condicionado a la imputación de cargos concretos a los detenidos. De acuerdo con el artículo 72 del Cuarto Convenio de Ginebra,

[t]odo acusado [...] tendrá derecho a ser asistido por un defensor cualificado de su elección, que podrá visitarlo libremente y que recibirá las facilidades necesarias para preparar su defensa. Si el acusado no elige defensor, la Potencia protectora le proporcionará uno [...]<sup>14</sup>.

Aunque de manera menos explícita que en el Cuarto Convenio de Ginebra, la cuestión de la obligación de satisfacer todos los derechos y medios de defensa necesarios de los acusados está presente también en el artículo 75(4) del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra. En este artículo se precisa que todo acusado en manos de una potencia enemiga deberá ser informado sin dilación de los cargos que se le imputan y, a su vez, deberá contar con toda la ayuda necesaria para poder estructurar su defensa.

181

Si trasladamos estos principios generales al caso de los detenidos acusados de terrorismo y que se encuentran recluidos en Guantánamo, encontramos ciertas prácticas que contradicen los principios expuestos anteriormente. Han sido las propias fuentes de la Administración Bush las que han reconocido que no comenzaron los interrogatorios para determinar los cargos de los detenidos hasta que no finalizaron con aquellos destinados a extraer información relevante para la seguridad que los detenidos pudieran poseer. Así, durante todo ese período los detenidos no contaron con la asistencia de un abogado. Una asistencia legal rápida es crucial para asegurar que los detenidos sean conscientes de su derecho de no proporcionar información que les incrimine, como parte del principio fundamental de la presunción de inocencia. Es esencial romper la posible asociación negativa que la preocupación por la seguridad establece entre acceso a un abogado y la posibilidad de castigar a quienes han violado la ley.

Finalmente, el tercero de los aspectos, las condiciones durante la detención, tanto el DIH como el derecho de los derechos humanos recogen de manera concisa y clara referencias a las condiciones que deben acompañar a los detenidos durante un conflicto armado<sup>15</sup>. Es lo que se conoce como trato humanitario a los detenidos. Por citar algunos ejemplos, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el

<sup>12</sup> Este es precisamente uno de los argumentos expuestos por el gobierno norteamericano a la hora de justificar el que muchos de los detenidos durante las operaciones militares en Afganistán aún sigan bajo su jurisdicción y no hayan sido juzgados. De acuerdo con el punto de vista de la Administración Bush, el conflicto de Afganistán debe englobarse dentro de la 'guerra' que están librando contra el terrorismo y, hasta que este no finalice, consideran que tiene derecho a mantener detenidos a todos aquellos que hayan tratado de atentar contra la seguridad de Estados Unidos.

<sup>13</sup> Cuarto Convenio de Ginebra, Art. 133, de 12 de agosto de 1949.

<sup>14</sup> Cuarto Convenio de Ginebra, Art. 72.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión destaca la obra: Rodley y Pollard (2009).

artículo 75(1) del Primer Protocolo Adicional, el artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, o el Comentario General Nº 21 del Comité de derecho humanos al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tanto la tortura como cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante están absolutamente prohibidos incluso cuando nos encontramos en situaciones de conflicto armado. Así, la violación de este principio fundamental es considerada por el derecho internacional de tal gravedad que puede conllevar responsabilidades tanto a nivel individual como estatal. Por este motivo, y para reducir al mínimo la práctica de tratos inhumanos y degradantes, los Estados tienen la obligación de asegurar unos estándares de arresto y encarcelamiento para sus detenidos. Por tanto, y relacionado con este estándar, el Comité de derechos humanos ha considerado que tanto la detención incomunicada como el confinamiento aislado constituyen prácticas contrarias a dicho estándar y puede considerarse como tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, el Comité contra la tortura, en su Observación General Nº 2 a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes reafirma la prohibición absoluta de la tortura y excluye la posibilidad de alegar circunstancias excepcionales<sup>16</sup>.

## 5. Las comisiones militares

Antes de entrar a analizar distintos aspectos relacionados con la instauración de las comisiones militares para juzgar a los prisioneros de Guantánamo, es necesario aclarar que, si bien es cierto que la utilización de estos tribunales para juzgar a civiles no está prohibida por el derecho internacional, sí que se plantean ciertas cuestiones sobre si cumplen con los requisitos para ser considerados un juicio justo. En ocasiones son utilizados para facilitar el empleo de procedimientos especiales que no cumplen con los estándares normales de justicia<sup>17</sup>.

182

En el caso concreto que analizamos en este artículo, tres aspectos destacan negativamente al valorar la posible legalidad de estas comisiones militares creadas por la citada Orden Militar. En primer lugar, contradice lo expuesto por el artículo 102 del Tercer Convenio de Ginebra en relación con la obligación de la potencia detenedora de juzgar a los prisioneros de guerra con los mismos tribunales y de acuerdo con los mismos procedimientos que a sus propias fuerzas armadas. En segundo lugar, el establecimiento de distinciones a la hora de ser juzgados entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros constituye una violación del derecho a un trato igualitario y del principio de no discriminación. Un derecho considerado norma consuetudinaria de derecho internacional. Finalmente, de acuerdo con el artículo 75(4) del Primer Protocolo Adicional, las sentencias sólo pueden ser aceptadas si han sido pronunciadas por un tribunal constituido regularmente, entendiendo éste como aquel que administra justicia de manera imparcial y de acuerdo con las garantías de un juicio justo recogidas en dicho artículo.

Más allá de estos tres aspectos que parecen no respetar las comisiones creadas por la Administración estadounidense para juzgar a determinados presos de Guantánamo, es importante profundizar en si en los procesos llevados a cabo por

<sup>16</sup> *Observación General Nº 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 24 de enero de 2008, Comité Contra la Tortura. CAT/C/GC/2.

<sup>17</sup> A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha alertado del posible abuso en el empleo de este tipo de prácticas y recuerda además de la obligación que tiene este tipo de tribunales de adaptarse a las condiciones de un juicio justo recogidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

dichas comisiones se cumple con las garantías de un juicio justo, exigencia que, como ya hemos comentado anteriormente, sí que establece el derecho internacional. En este sentido, cinco son los derechos que les deben ser satisfechos a los detenidos a la hora de ser juzgados:

- Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley.

El primero de estos derechos es considerado absoluto y, por tanto, no hay posibles excepciones al mismo. Incluso en el caso de conflicto armado, como ha quedado anteriormente recogido en el artículo 75(4), los tribunales destinados a juzgar a los prisioneros de guerra deben cumplir estos mismos requisitos.

Sin embargo, en el caso de las comisiones militares creadas para juzgar a los presos de Guantánamo, tanto el Presidente como el Secretario de Defensa poseen la libertad para crear y dar forma a estas comisiones, pudiendo decidir quiénes componen el tribunal, quién es su presidente, así como aceptar o no una posible apelación a la sentencia dictada por la Comisión.

De este modo se está violando el principio según el cual estos tribunales militares deben encontrarse estrictamente definidos por ley; y esto es especialmente grave si tenemos en cuenta que tales Comisiones tienen la competencia para dictar condenas a muerte, con lo que la vigilancia acerca del cumplimiento de los principios de un juicio justo debe ser, si cabe, más rigurosa.

- Derecho a una vista pública

A este respecto, el poder presidencial otorgado al Secretario de Defensa le permite declarar las vistas cerradas al público. La justificación dada es el peligro que implicaría que se hicieran públicos datos relacionados con la seguridad nacional.

Es innegable la necesidad de proteger cierta información que puede exponerse durante el proceso judicial y, por tanto, no es ahí donde radica el problema. Éste debemos buscarlo en que la decisión sobre el carácter abierto o cerrado de la vista esté en manos del poder ejecutivo y no del poder judicial.

Estrechamente vinculado con este derecho a una vista pública es relevante mencionar cómo afecta éste a la labor desarrollada por la defensa. Por el mismo motivo por el que se puede decretar el carácter cerrado de la vista se puede solicitar la exclusión del abogado defensor durante determinados momentos del proceso, es decir, para proteger la seguridad nacional.

- Derecho a defenderse uno mismo o a través de un abogado

Al igual que en relación con otros derechos mencionados anteriormente, la existencia de un conflicto armado no limita los derechos de defensa reconocidos a los detenidos. Además del ya citado artículo 75(4) del Primer Protocolo Adicional, el artículo 105 del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 72 del Cuarto Convenio de Ginebra se refieren a este derecho.

El problema surge cuando la elección del representante no la realiza directamente el acusado, sino que ésta viene impuesta por la propia potencia demandante. En el caso de las comisiones militares estadounidenses es el abogado jefe de la defensa el que determina quién defenderá a cada uno de los acusados. Según se recoge en la Orden Militar, los acusados podrán ser defendidos por un

abogado civil, pero éste no tendrá acceso a determinada información por motivos de seguridad nacional, algo que, en nuestra interpretación, es contrario al derecho a una defensa.

#### - Derecho a la presunción de inocencia

De acuerdo con la opinión del Comité de Derechos Humanos la presunción de inocencia es un elemento fundamental para que podamos hablar de la existencia de un juicio justo y, por tanto, no puede derogarse bajo ninguna circunstancia. Esto incluye, por supuesto, la existencia de un conflicto armado, situación en la cual, como recoge el artículo 75(4) “*toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”. Es éste un derecho tan esencial que incluso en los casos de acusados por genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad debe ser igualmente respetado.

#### - Derecho a apelar

Tanto los Convenios de Ginebra como el Comité de Derechos Humanos consideran el derecho a apelar la decisión judicial como un derecho esencial de un juicio justo. El artículo 73 del Cuarto Convenio de Ginebra afirma que

Todo condenado tendrá derecho a recurrir a los procedimientos de apelación previstos en la legislación aplicada por el tribunal. Se le informará plenamente acerca de sus derechos de apelación, así como de los plazos señalados para ejercerlos<sup>18</sup>.

Este derecho es especialmente relevante cuando la sentencia puede implicar la condena del acusado a la pena de muerte, como es el caso aquí analizado. Así, se establece claramente que los acusados no podrán acudir, tras ser sentenciados por las comisiones militares, a ningún otro tribunal con la intención de revisar la sentencia<sup>19</sup>. La única opción posible que se les ofrece es la de exponer su caso para una posible revisión ante un jurado compuesto por tres militares nombrados por el Secretario de Defensa.

Por lo tanto, encontramos que los desafíos son muchos y que, si bien contamos con valiosos instrumentos, las amenazas al DIH y al derecho de los derechos humanos son frecuentes y preocupantes.

### 6. Conclusiones

En fechas recientes el presidente Obama, en relación con un caso de espionaje masivo a ciudadanos bajo la justificación de evitar ataques contra la seguridad del Estado, afirmó que no era posible aspirar a un 100% de seguridad con un 100% de libertad.

Esta afirmación refleja de manera precisa la manera en que los Estados Unidos han afrontado tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 la difícil cuestión de la lucha contra el terrorismo.

La decisión de crear la prisión de Guantánamo, las condiciones de los presos allí retenidos, el establecimiento de comisiones militares para juzgarles e incluso la imposibilidad hasta la fecha de cerrar dicha prisión son un ejemplo más del desacuerdo con que algunos Estados democráticos han enfocado la lucha contra el

<sup>18</sup> Cuarto Convenio de Ginebra, Art. 73.

<sup>19</sup> En este caso se especifica que no podrán acudir a ningún tribunal estadounidense, ni a un tribunal de un país extranjero, ni a un tribunal internacional.

terrorismo. El hecho de considerar los derechos y libertades como obstáculos más que como cimientos sobre los que sustentar una respuesta firme y decidida ante estas amenazas ha sido desgraciadamente una constante.

El DIH es claro a la hora de definir el modo en que deben ser tratadas las personas que participan o que se ven afectadas por un conflicto armado. Sin embargo, parece ser que los Estados, y en particular Estados Unidos en el caso aquí analizado, no han respetado dichas normas y han apostado por redefinir dichas normas con el objetivo de evitar posibles limitaciones a su acción en la lucha contra el terrorismo.

La decisión de crear el centro de detención de Guantánamo ha permitido a las distintas Administraciones estadounidenses contar con un limbo legal en donde los estándares constitucionales de los Estados Unidos y, como aquí hemos analizado, el DIH han sufrido una clara vulneración. Once años después, las autoridades estadounidenses siguen siendo incapaces de poner fin a esta situación. La innegable connivencia de poderes e instituciones parece encaminada a que, pese a las esperanzas puestas a su llegada al poder, Barack Obama tampoco sea capaz de poner fin a Guantánamo.

### Bibliografía

- AMBOS, K. y POSCHADEL, A. (2013), "Terrorists and Fair Trail: The Right to a Fair Trail for Alleged Terrorists Detained in Guantanamo Bay", *Utrecht Law Review*, Vol. 9, pp. 109-126.
- ENGLERTH, M. (2008), "Quo Vadis Guantanamo? Reflections on the U.S Supreme Court's Boumediene Decision", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Núm 4, pp. 397-432.
- GARTENSTEIN-ROSS, L. (2012), "The Future of Preventive Detention Under International Law", en MULLER, S. (ed.), *The Law of the Future and the Future of Law: Volume II*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Londres.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2002), "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, pp. 12-39.
- PICTET, J. (1986), *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra.
- RODLEY, N., y POLLARD, M. (2009), *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, Nueva York.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2002), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SALMÓN, E. (2004), *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- TICEHURST, R. (1997), "La Cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", *Revista internacional de la Cruz Roja*, Núm. 140, pp. 131-141.

## Derecho de acceso a la información pública

Estrella Gutiérrez David  
Universidad Carlos III de Madrid  
[mariaestrella.gutierrez@uc3m.es](mailto:mariaestrella.gutierrez@uc3m.es)

### Resumen

Uno de los indicadores objetivos de la calidad democrática de una sociedad es la transparencia de sus instituciones públicas. Ello sólo es posible a través de una adecuada protección, constitucional o legal, del derecho de acceso a la información pública, entendido como un instrumento para el control democrático del ejercicio del poder. El derecho de acceso garantiza, en este sentido, la responsabilidad y la rendición de cuentas de las instituciones públicas, previene frente a la arbitrariedad de la Administración, posibilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas, garantiza el ejercicio de otros derechos y constituye uno de los pilares de un gobierno abierto a sus ciudadanos. Como corolario del derecho a la información, el derecho a saber favorece una opinión pública informada e ilustrada. En democracia, la ratio última de las leyes de acceso a la información debe ser el máximo acceso posible; mientras que la retención de información sólo podrá aplicarse sobre la base de excepciones legalmente tasadas e interpretadas de forma estricta.

186

### Palabras clave

Derecho de acceso a la información pública, derecho a saber, derecho a la información, documentos públicos, archivos públicos, transparencia, rendición de cuentas, gobierno abierto a los ciudadanos.

## Freedom of information

### Abstract

Transparency of public institutions is a key indicator which evidences the democratic health of a community. This is possible thanks to a suitable protection, either constitutional or statutory, of the right to access to public information which enables the democratic scrutiny of government. In this sense, the right to access ensures responsibility and accountability of public institutions preventing from arbitrariness; it enables citizen participation in the decision-making process of public policies; it guarantees the exercise of other freedoms and it constitutes a pillar of the open government. As a corollary of freedom of speech, the right to know encourages an informed and enlightened public opinion. Given this, the democratic rationale behind freedom of information statutes must be the broader access as possible; whereas withholding of public documents shall be upon narrowly construed exceptions explicitly set forth by law.

### Keywords

Freedom of information, right to know, right to information, public documents, public records, transparency, accountability, open government.

La generación que fundó esta nación pensaba que el secreto gubernamental era uno de los instrumentos de la tiranía del Antiguo Régimen y se comprometió consigo misma con el principio de que la democracia no puede funcionar a menos que se permita al pueblo saber qué ocurre con su gobierno.

Commager (1972: 7)

## 1. Derecho a la información pública, transparencia y gobierno abierto

Uno de los indicadores objetivos de la calidad democrática de una sociedad es la transparencia de sus instituciones públicas. Ello sólo es posible mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, entendido éste como un instrumento para el control democrático del ejercicio del poder (Guichot, 2003: 314).

Esta idea del control democrático del poder a través del derecho de acceso subyacía ya en la primera Ley de acceso a la información pública, la *Tryckfrihetsförordningen* o Ley de Libertad de Expresión sueca de 1766, donde la fundamentación última del derecho de los ciudadanos suecos a acceder a los documentos oficiales era, precisamente, el control o escrutinio del poder de decisión de las autoridades públicas sobre los asuntos de interés general.

Más tarde, algunas de las primeras aproximaciones doctrinales al derecho de acceso a la información pública se producen fundamentalmente con el inicio de la Guerra Fría en EE.UU. Parks (1957:1) explicaba que el oscurantismo de la Administración norteamericana de aquellos años y su habitual “supresión, retención o retraso en la disponibilidad de la información [gubernamental]”, abrió un intenso debate en la Sociedad Americana de Editores de Periódicos y en el seno del Congreso<sup>1</sup>, que culminaría con la promulgación de la *Freedom of Information Act* de 1966 (en adelante, FOIA).

Desde entonces, “el impulso político” para el reconocimiento y fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública ha ido surgiendo de “contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental” (Guichot, 2012: 261). Tal circunstancia ha puesto de manifiesto que la necesidad de una “administración a la luz del sol” constituye uno de los “problemas cruciales de la gobernanza contemporánea” (Dehausse, 1998: 615).

La Comisión Europea recuerda que “la principal finalidad de las leyes sobre libertad de información es permitir que los ciudadanos participen más de cerca en la toma de decisiones democrática”.

Al interpretar el alcance del derecho de acceso a los documentos obrantes en poder de las instituciones europeas, desde el asunto Aldo Kuijzer/Consejo, T-211/00, de 7 de febrero, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que “[...] el principio de transparencia tiene por objetivo asegurar una mejor participación de los ciudadanos en el proceso decisivo, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático. Contribuye a reforzar el principio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales”.

---

<sup>1</sup> Sobre la abundante literatura de aquellos años sobre el “derecho a saber” y el *open government* véanse, entre otros, Cross (1953), Raymond (1955), Wiggins (1956) y Hennings (1959).

Para el Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>2</sup>, las leyes de acceso a la información no son un mero formalismo, sino que definen la “necesidad estructural de una democracia real”<sup>3</sup>.

También la jurisprudencia española ha recogido este enfoque. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha afirmado, en su Sentencia de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999\3246), que el derecho de acceso a archivos y registros públicos reconocido en el art. 105.b CE refleja una “concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa”.<sup>4</sup>

Asimismo, la tradicional reticencia del poder a reconocer y garantizar un adecuado ejercicio del derecho de acceso se ha justificado en aras de salvaguardar una supuesta eficacia de la actividad administrativa y del proceso interno de toma de decisiones por parte de las instituciones públicas.

Frente al planteamiento anterior, el asunto Access Info Europe/Consejo (2011)<sup>5</sup> supone un hito importante en el entendimiento del derecho de acceso como pilar fundamental de un gobierno abierto a los ciudadanos. En esta decisión el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) reconoce que el acceso a los documentos preparatorios que reflejan los procesos de toma decisiones políticas y legislativas obliga a las instituciones no sólo a asumir la responsabilidad frente a los ciudadanos de las decisiones que toman, sino también a justificar la racionalidad y el interés público existente detrás de la propia decisión.

## 2. Naturaleza del derecho a la información pública

En el Derecho comparado existe “consenso jurídico acerca de la naturaleza ius-fundamental del derecho de acceso a la información pública” (Guichot: 2012: 265), en unos casos con reconocimiento expreso en las constituciones nacionales junto a la libertad de expresión e información<sup>6</sup>; en otros, como derecho autónomo regulado a través de leyes específicas de acceso a la información<sup>7</sup>.

El planteamiento de la Constitución española es restrictivo en la medida en que no configura el acceso a archivos y registros públicos como un derecho fundamental, sino como un derecho de configuración legal (Pomed, 1997: 445; Fernández Ramos, 1997: 335).

---

<sup>2</sup> Las citas de la jurisprudencia norteamericana siguen el sistema de referencia neutral habitualmente usado por los propios Tribunales: nombre del caso (mediante identificación de las partes), número de volumen, colección jurisprudencial (del Tribunal Supremo o los Circuitos Federales) y número de página o páginas de la referencia.

<sup>3</sup> *Nat'l Archives & Records Admin. v. Favish*, 541 U.S. 157, en 166 (2004).

<sup>4</sup> Véanse en el mismo sentido las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 (RJ 2001\425); de 6 de junio de 2005 (RJ 2005\6711); 16 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2832).

<sup>5</sup> Véase, T-233/09, de 22 de marzo de 2011.

<sup>6</sup> Véase el artículo 6 de la Constitución mexicana.

<sup>7</sup> Véase la Ley francesa nº 78-753, de 17 de julio de 1978 sobre diversas medidas de mejora de las relaciones en la Administración y el público, y diversas disposiciones de orden administrativo social y fiscal.

Frente a esta concepción restrictiva que, *obiter dicta*, ha reconocido en alguna ocasión el propio Tribunal Supremo español<sup>8</sup>, se advierte en el Derecho comparado e internacional una tendencia, cada vez mayor, a considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano, conectado íntimamente con el derecho a la información<sup>9</sup>.

Con relación al acceso público a la información relativa al medio ambiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en el asunto *Claude Reyes* (2006), que el acceso a la información pública es un derecho humano de contenido prestacional. El Estado tiene, por tanto, la “obligación positiva” de suministrar dicha información y procurar los medios para que ello sea posible”. Asimismo, es entendido como una manifestación directa del derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas” consagrado en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup>.

Para Ivester (1977: 115-120), uno de los fundamentos del derecho a saber estaría en el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión. “El derecho a hablar, publicar e informar –dice el autor– implícitamente protege también los derechos a recibir y buscar información y a tener acceso a las fuentes de información para consecuentemente poder informar”.

La aún vigente Ley de Libertad de Prensa sueca de 1766 fue pionera al regular, entre sus leyes fundamentales, la libertad de información a través de la prensa y el derecho de acceso a los documentos de las autoridades públicas conjuntamente. La propia Ley (artículo 1, Capítulo II) subraya la conexión entre ambos derechos, al establecer que la finalidad del libre acceso a los documentos oficiales es “promover el libre intercambio de opiniones y la disponibilidad de información completa”.

En una primera etapa, en el asunto *Guerra v. Italia* (1998), donde se planteó el deber de publicidad proactiva de la Administración con relación a la información medioambiental, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se mostró reticente a reconocer la conexión entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a recibir o comunicar informaciones protegido por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Posteriormente, en dos resoluciones de 2009, el TEDH acaba reconociendo esta conexión. En *Kenedi v. Hungría*, con relación al acceso a archivos secretos húngaros de la época de la Guerra Fría, el Tribunal advierte de que la actitud “obstrucciónista” o “renuente” por parte de las autoridades públicas impidiendo “de forma arbitraria” el derecho de acceso puede constituir una “forma indirecta de censura previa” y, por tanto, una violación del “derecho a recabar información” inherente al art. 10 del Convenio.

En *Tárasaság v. Hungría*, relativa a una decisión denegatoria de acceso al contenido de un recurso contra una reforma legislativa en materia delitos de

<sup>8</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 2000 (RJ 2001425).

<sup>9</sup> Véanse, por ejemplo, en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación (2002)2, sobre el acceso a documentos oficiales, y más recientemente, el Convenio núm. 209, sobre acceso a documentos oficiales, de 18 de junio de 2009. Este último texto relaciona de forma explícita el derecho de acceso con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información contenido en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el art. 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950.

<sup>10</sup> Este planteamiento se reitera en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2010, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*.

narcotráfico, el TEDH subraya que el derecho de acceso a la información en poder de instituciones públicas constituye, sin duda, “un paso preparatorio esencial en el periodismo y una parte inherente y protegida de la libertad de prensa”.

Las Leyes de acceso a la información despliegan amplias potencialidades para el llamado periodismo de investigación. En este sentido, Banks y Hanna (2009: 461-463) explican cómo la entrada en vigor en 2005 de la *Freedom of Information Act* (en adelante, FOI) ha propiciado en el Reino Unido que “los periodistas empiecen a invocar con entusiasmo las disposiciones de la Ley”.

Así por ejemplo, en *The Guardian Newspapers and Brook v. Information Commissioner and BBC* (2007), el *Information Rights Tribunal* amparaba la solicitud del diario *The Guardian*, dirigida a la BBC, para que difundiese las actas de una reunión concreta mantenida por el Consejo de Administración de la Corporación. Razonaba el Tribunal que la política subyacente en la FOI está basada en la idea general de que “la difusión de información está al servicio del interés público general en fomentar una Administración mejor a través de la transparencia, la rendición de cuentas, el debate público, el adecuado entendimiento de las decisiones y una informada y significativa participación de los ciudadanos en el proceso democrático”. Siendo esto así, y dado que la BBC es “un servicio público de radiodifusión, la Corporación tiene la responsabilidad de rendir cuentas sobre su conducta”.

Las leyes de acceso a la información también posibilitan que sean los propios ciudadanos quienes investiguen asuntos de interés públicos que tradicionalmente han estado reservados al periodismo de investigación. En *Plowden and Foreign & Commonwealth Office v. Information Commissioner* (2012), el *Information Rights Tribunal* ordenaba la difusión parcial de una conversación telefónica entre los presidentes de EE.UU. y Reino Unido sobre la invasión de Irak a partir de una solicitud de acceso a dichas conversaciones realizada por un particular a la Oficina de Exteriores y de la Commonwealth. “La rendición de cuentas sobre la decisión de llevar a cabo acciones militares contra otro país –explicaba el Tribunal– es de vital importancia y tiene un interés público significativo”.

190

### **3. El procedimiento de acceso**

Aquellos ordenamientos que carecen de una Ley de acceso a la información pública, favorecen la opacidad de sus instituciones públicas y constituyen ejemplos de “mala administración” (Defensor del Pueblo Europeo, 1997).

De los 27 países que integran la Unión Europea, Chipre, Luxemburgo y Malta carecen de una Ley de acceso a la información pública. Y de los países miembros del Consejo de Europa, sólo Andorra, Chipre, Luxemburgo, Malta, Mónaco y San Marino carecen de dicha ley.

España ha sido uno de los últimos países del entorno comunitario que ha desarrollado legislativamente el acceso a la información pública a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, “Ley de Transparencia”).

#### **Sujetos obligados y legitimados**

Los sujetos obligados a garantizar el derecho de acceso son todas las Administraciones públicas, incluidos el Gobierno, el Parlamento y el Poder Judicial, todas las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración, las empresas públicas o las empresas participadas por capital

público, y, en general, todas las instituciones del Estado. Así por ejemplo, el artículo 5 de la Ley de Libertad de Prensa sueca de 1766 garantiza el derecho de acceso de los ciudadanos suecos a los documentos oficiales en poder de todas las autoridades públicas “con poder de decisión”.

Pero también deberían considerarse sujetos obligados todas las personas de Derecho privado que gestionen servicios públicos, se financien o reciban ayudas públicas. En este sentido, el artículo 1.2 del Convenio núm. 209, del Consejo de Europa, sobre acceso a documentos oficiales de 2009, incluye entre los sujetos obligados a garantizar el acceso a documentos públicos a las personas físicas y jurídicas cuando ejerzan una “autoridad administrativa”, “desarrollen funciones públicas” u “operen con fondos públicos”. También el artículo 1 de la Ley francesa 78-753 garantiza el acceso a los documentos administrativos producidos o recibidos por instituciones privadas que tengan encomendadas “misiones de servicio público”. Igualmente, las sociedades mercantiles participadas por entidades públicas en más de un 50 por 100 o las entidades privadas que perciban anualmente ayudas públicas en una cuantía superior a 100.000 euros también están sujetas a la Ley de Transparencia española.

En la práctica del Derecho internacional y comunitario no se exige al ciudadano la acreditación de ningún interés legítimo para el acceso a la información en poder de las instituciones públicas. Así, el artículo 4 del Convenio núm. 209, ya citado, establece que el solicitante de acceso a un documento oficial “no estará obligado a dar las razones” de su solicitud. Por su parte, el artículo 4 del Convenio de Aarhus, de la ONU, sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la Justicia en asuntos ambientales, de 25 de junio de 2004, y ratificado por España, no exige “que el público tenga que invocar un interés particular” para acceder a información relacionada con el medioambiente. Y, a su vez, el art. 6.1 del Reglamento Comunitario 1049/2001, sobre acceso público a los documentos en poder del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, dispone: “El solicitante no estará obligado a justificar su solicitud”.

Frente a planteamientos anteriores, la nueva Ley de Transparencia española no exige al solicitante motivar su solicitud de acceso a la información, si bien éste podrá exponer los motivos por los que solicita la información. Tales motivos podrán ser tenidos en cuenta al dictar la resolución, aunque la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud<sup>11</sup>.

### **Caracterización del procedimiento**

La mayoría de las leyes de acceso a la información pública regulan un procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso, esencialmente gratuito, sin perjuicio de que pueda establecerse alguna tasa por la expedición de copias, caracterizado por su antiformalismo y que puede realizarse en cualquier forma por escrito, incluyendo la utilización de los medios electrónicos.

---

<sup>11</sup> Sin embargo, el Tribunal Supremo español, al delimitar el concepto de «interesado» con relación al ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos, ha exigido, en ocasiones, la acreditación de algún interés legítimo que justifique el acceso a la información por parte del solicitante. En particular, con relación al derecho de acceso a archivos y registros públicos, el Tribunal entiende por «interesado» “aquella persona que legítimamente justifica [cursiva nuestra] una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella”. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2011 (RJ 20122832). En el mismo sentido, véase la Sentencia de 30 de marzo de 1999 citada *supra*.

Asimismo, la práctica comparada y comunitaria prevé la obligación administrativa de asistencia al ciudadano en sus solicitudes de acceso, incluso en aquellos supuestos en los que la solicitud comporta el acceso a un gran número de documentos. Como ha señalado la jurisprudencia comunitaria, “la comodidad de la Administración no debe prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a un acceso lo más amplio posible a los documentos, a menos que dicho derecho ocasione cargas excesivas”<sup>12</sup>.

Con anterioridad a la Ley de Transparencia, la legislación administrativa española fue, en este sentido, tradicionalmente restrictiva, al establecer que el particular podía ejercer su derecho de acceso siempre que no se viese afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. Por ello, se exigía al ciudadano petición individualizada de los documentos que deseara consultar, sin que cupiera plantear una solicitud genérica sobre materias o conjunto de materias<sup>13</sup>. Actualmente, la Ley de Transparencia establece que cuando la solicitud de acceso no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días.

El voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de enero de 2000 (RJ 2001\425) consideró, sin embargo, “incompatible con el principio de transparencia” exigir al ciudadano los datos concretos que identifiquen los documentos a los que quiere acceder, pues tal cosa “equivale a dar por supuesto que [el ciudadano] [conoce] el contenido o al menos el alcance de los documentos en poder de la Administración, [...] cuando lo que [pretende] precisamente es averiguarlo o confirmarlo”.

Precisamente para que el ciudadano pueda identificar claramente el documento al que quiere acceder es frecuente, en la legislación comparada, exigir al órgano administrativo la publicación del índice de documentos que obran en su poder. En este sentido, la Ley de Libertad de Prensa sueca de 1766 establece como deber del funcionario incorporar a un registro público la referencia de los documentos redactados o recibidos por el órgano administrativo, así como una relación esquemática de informaciones sobre documentos secretos existentes.

El Reglamento comunitario 1049/2001, sobre Acceso Público a los Documentos en Poder del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, no exige “petición individualizada del documento”, sino que el ciudadano haga la solicitud “de manera lo suficientemente precisa para permitir que la institución identifique el documento de que se trate”. Pero en caso de que la solicitud no lo sea, “la institución pedirá al solicitante que aclare la solicitud, y le ayudará a hacerlo, por ejemplo, facilitando información sobre el uso de los registros públicos de documentos”.

<sup>12</sup> Cfr. los asuntos Consejo/Hautala, C-353/99 P, apartados 29 y 30; Hautala/Comisión, T-14/98, apartados 85 a 88; Scippacercola/Comisión, T-187/03.

<sup>13</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de mayo de 2003 (RJ 2003\3834) es un exponente claro de un supuesto de denegación de acceso por solicitud genérica de información, al desconocerse por parte de un periodista la referencia concreta a los documentos relativos a unos créditos del Fondo de Ayuda al Desarrollo concedidos a una empresa cuyo acceso solicitó en el marco de un reportaje de investigación que estaba realizando. El Tribunal Supremo concluía que: “La solicitud del recurrente (...) no es individualizada. No se concreta en ella qué documentos se desea consultar, en relación con uno o varios créditos determinados”. También la Sentencia de 9 de Junio de 2008 (RJ 2008\6351) confirma una denegación de acceso por falta de petición individualizada al Colegio Oficial de Técnicos Forestales, quien previamente había solicitado el acceso a los expedientes obrantes en una Consejería de Medio Ambiente para verificar la efectiva exigencia del preceptivo visado colegial por parte de la Administración autonómica con relación a la adjudicación de ayudas a propietarios de terrenos para gestión sostenible de los montes o forestación de terrenos agrícolas.

V  
O  
C  
E  
S

El mismo principio de asistencia al ciudadano preside la regulación del derecho de acceso en el Reino Unido, al establecerse la obligación de las autoridades públicas sujetas a la FOI de aconsejar y asistir a los solicitantes en sus peticiones de acceso (Golberg *et al.*, 2009: 267). La FOI también obliga a las autoridades públicas a una difusión proactiva de la información, que va más allá de responder simplemente a las solicitudes de acceso. Para ello, las Administraciones deberán hacer público su relación o planificación de documentos (*publication scheme*). Dicha relación de documentos debe ser aprobada, a su vez, por el *Information Commissioner*, la agencia independiente responsable de garantizar el derecho de acceso.

La Ley de Transparencia española también recoge el principio de publicidad activa al exigir a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley a publicar en sus sedes electrónicas o páginas web información relativa a su actividad institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica, e información económica, presupuestaria y estadística.

En algunos casos este deber de la Administración de identificar o indizar los documentos que están en su poder ha sido establecido por vía jurisprudencial. En este sentido, desde el asunto *Vaughn v. Rosen* (1973), los Tribunales federales en EE.UU. pueden ordenar al órgano administrativo que retiene un documento, impidiendo su divulgación, que ponga a disposición de la contraparte y del propio Tribunal el llamado “índice Vaughn”. Dicho índice debe incluir una descripción general del documento cuyo acceso se solicita al amparo de la FOIA. Tal índice garantiza así el derecho a la igualdad de armas en el proceso judicial; obliga a la Administración a analizar cuidadosamente el material retenido y a fundamentar su decisión; y permite al juzgador de instancia decidir sobre la aplicabilidad o no de una excepción legal<sup>14</sup>.

La legislación administrativa española omitió tradicionalmente cualquier referencia sobre los plazos en los que la autoridad o institución pública consultada debe remitir una respuesta al solicitante de acceso o sobre la naturaleza (estimatoria o desestimatoria) del silencio administrativo. Por el contrario, la actual Ley de Transparencia establece un plazo de un mes, estimándose negativo el silencio. En el Derecho anglosajón (vid. EE.UU. y Reino Unido) viene estipulándose un plazo de 20 de días de respuesta para la Administración, transcurrido el cual se entenderá por denegada la solicitud de acceso. En el caso del Reglamento comunitario el plazo de respuesta por parte de las instituciones comunitarias es de 15 días. La Ley 78-753 francesa establece un plazo de un mes.

### ***Excepciones, acceso parcial, deber de motivación y control de las resoluciones denegatorias***

La regla general en un Estado democrático ha de ser la del mayor acceso posible a la información pública (Dryberg, 1999: 158), de manera que cualquier posible denegación de acceso debe interpretarse siempre de forma restrictiva, y sobre la base de excepciones legalmente tasadas (Joerges, 2002: 42).

El Tribunal Supremo español subraya, en su Sentencia de 6 de junio de 2005 ya citada *supra*, que las excepciones legales al derecho de acceso a archivos y registros públicos “han de estar justificadas en términos constitucionalmente

---

<sup>14</sup> *Vaughn v. Rosen*, 484 F.2d 820, 8en 23-828 (D.C. Cir. 1973); *Lykins v. United States Dept. of Justice*, 725 F.2d 1455, en 1463 (D.C.Cir.1984); *Keys v. United States Dept. of Justice*, 830 F.2d 337, en 349 (D.C.Cir.1987); *Maynard v. Central Intelligence Agency*, 986 F.2d 547, 556-57 (1st Cir. 1993); *Halpern v. Federal Bureau of Investigation*, 181 F.3d 279, 290 (2d Cir. 1999).

aceptables". Y en la Sentencia de 16 de diciembre de 2011, también citada, añade que es exigible "una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos". En sentido idéntico se ha pronunciado el TJUE en el asunto Access Info Europe/Consejo (2009) referido también: "El acceso del público a los documentos de las instituciones constituye el principio y la denegación la excepción, que debe interpretarse restrictivamente"<sup>15</sup>.

El Derecho comparado suele diferenciar entre excepciones imperativas o absolutas y excepciones discrecionales. Así por ejemplo, en el Derecho comunitario, las excepciones absolutas se basan bien en la protección de intereses públicos (por ejemplo, la seguridad y la defensa nacional, o la política económica, monetaria y financiera del Estado), bien en la protección de intereses privados (intimidad, protección de datos personales). Frente a las excepciones absolutas, las excepciones relativas (intereses comerciales, incluida la propiedad intelectual e industrial, la actividad de inspección y de auditoría, los procedimientos judiciales, y el secreto deliberatorio de las instituciones), permiten la ponderación de los intereses en conflicto, y la no aplicación de la excepción cuando concurra un interés público superior en la difusión de la información<sup>16</sup>.

Por otra parte, el Derecho comparado viene exigiendo el deber de motivación de las resoluciones denegatorias del derecho acceso. Para la jurisprudencia comunitaria ello implica la necesidad de "revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad (...) autora del acto impugnado, de modo que, por una parte, los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otra, que el órgano jurisdiccional (...) pueda ejercer su control"<sup>17</sup>. En sentido similar, la jurisprudencia norteamericana ha señalado que corresponde a la Administración requerida soportar la carga de la prueba y demostrar, en su caso, la procedencia de la excepción alegada<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Anteriormente, otras decisiones de la jurisprudencia comunitaria han abundado en esta misma línea. Cfr. Petrie y otros/Comisión, T-191/99, de 11 de diciembre de 2001, apartado 66; Bavarian Lager/Comisión, T-309/97, de 14 de octubre de 1999, apartado 39; Interporc Im-und Export GMBH/Comisión, C-41/00 P, de 6 de marzo de 2003, apartado 46; Olli Mattila, C-353/01 P, de 22 de enero de 2004, apartado 2, entre otras.

<sup>16</sup> Sobre las excepciones en materia de seguridad pública, Tidningen Journalisten Consejo (T-14/95), Países Bajos Comisión y van der Wal (acumulados C-174/98 P y C-189/98 P); en materia de relaciones internacionales, Kuijjer/Consejo (T-188/98), Mattila/Consejo y Comisión (T-204/99), Consejo/Hautala y otros (C-353/99 P), attila Consejo (C-353/01 P), Sison Consejo (C-266/05 P) en materia de procedimientos judiciales, igualdad de partes y derecho a la defensa, Países Bajos Comisión y van der Wal (acumulados C-174/98 P y C-189/98 P), Interporc Im- und Export Comisión (T-92/98), Petrie y otros/Comisión (T-191/99), Turco/Consejo (T-84/03); en materia de actividades de inspección e investigación, Denkavit Nederland/Comisión (T-20/99), JT's Corporation/Comisión (T-123/99), Pétrie y otros (T-191/99), Bavarian Lager/Comisión (T-309/97), Technische Glaswerke Ilmenau /Comisión (T-237/02), Franchet y Byk/Comisión, (acumulados T-391/03 y T-70/04); en materia de secreto comercial e industrial, Denkavit Nederland/Comisión (T-20/99); en materia de intereses financieros de la Comunidad, Pitsiorlas/Consejo y BCE (T-3/00), Pitsiorlas/Consejo y BCE (C-193/01 P); en materia de documentos de terceros en poder de las instituciones comunitarias o regla de autor, Rothmans International Comisión (T-188/97), JT's Corporation/Comisión (T-23/99), Pétrie y otros (T-191/99), Interporc Im- und Export/Comisión (C-41/00 P), Co-Frutta/Comisión (T-47/01), IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comisión (T-168/02), Scippacercola/Comisión (T-187/03), Sison/Consejo (C-266/05 P); en materia de secreto de las deliberaciones de la institución y documentos preparatorios, John Carvel y Guardian Newspapers/Consejo (T-194/94), Tidningen Journalisten/Consejo (T-174/95), Bavarian Lager/Comisión (T-309/97), British American Tobacco International (Investments)/Comisión (T-111/00).

<sup>17</sup> Siemens/Comisión, C-278/95 P, 15 de mayo de 1997, apartado 17, y sentencia WWF UK/Comisión, cit., apartado 66; Interporc/Comisión, T-124/96, de 6 de febrero de 1998, apartado 53.

<sup>18</sup> Maynard v. CIA, 986 F.2d 547, en 557-58 (1st Cir.1993); Aronson v. IRS, 973 F.2d 962, en 966 (1st Cir.1992).

En el ámbito comunitario, se ha ido reconociendo paulatinamente el “acceso parcial” a los documentos cuando sólo una parte de la información contenida en el documento esté afectada por una excepción<sup>19</sup>. La FOIA también garantiza la divulgación parcial de documentos que contengan alguna excepción<sup>20</sup>.

La Ley de Transparencia española ha regulado también en el artículo 16 el derecho de acceso parcial; y en el artículo 20 impone al órgano administrativo el deber de motivación de las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero.

Sin perjuicio de la revisión judicial última de las decisiones denegatorias de acceso, la normativa comparada prevé la existencia de organismos independientes *ad hoc* que permitan fiscalizar previamente las resoluciones administrativas negativas. Es el caso de la *Commission d'accès aux documents administratifs* en Francia, el *Information Commissioner* en el Reino Unido, o el *Appeals Review Panel* del Departamento de Estado norteamericano. Asimismo, en algunos ordenamientos han creado órganos judiciales especializados en materia de derecho de acceso, como es el caso del *Information Rights Tribunal* en el Reino Unido. En España, el órgano que resolverá en vía administrativa las impugnaciones contra las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso será el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

#### 4. Conclusiones

La importancia del derecho de acceso en las democracias modernas debe verse respaldada por leyes que reconozcan su naturaleza de derecho humano, su carácter prestacional y su estrecha conexión con el derecho a la información.

Por ello, toda ley de acceso a la información debe garantizar, al menos, los siguientes principios básicos:

- 1) Los sujetos obligados no sólo deben ser las instituciones públicas, sino cualquier persona física o jurídica que ejerza funciones de la Administración, preste servicios públicos, o reciba o gestione ayudas públicas.
- 2) El ciudadano no tiene que acreditar ningún interés legítimo para ejercer el derecho de acceso a la información pública.
- 3) La solicitud y la tramitación del procedimiento de acceso se caracterizará por el antiformalismo, la gratuidad, la elección del medio para el acceso (electrónico o no) por el solicitante. Los principios de asistencia y publicidad pro-activa, de interpretación favorable al acceso y restrictiva de la excepción deberán guiar la actuación administrativa.
- 4) Las excepciones deberán estar legalmente tasadas, la Administración motivará adecuadamente las denegaciones de acceso y deberá garantizarse, en su caso, el acceso parcial. Los plazos de contestación administrativa a las solicitudes de acceso habrán de ser cortos (entre 15 y 20

<sup>19</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias del TJCE de 6 de diciembre de 2001, Consejo/Hautala, C-353/99 P, apartado 29; de 22 de enero de 2004, C-353/01 P, Mattila/Consejo y Comisión, apartados 30 y 32; de 26 de abril de 2005, Sison/Consejo, T-110/03, T-150/03 y T-405/03, apartados 63 y 88; de 6 de julio de 2006, Yves Frauchet y Daniel Byk/Comisión, T-391/03 y T-70/94, apartados 117 y 118; de 25 de abril de 2007, WWF European Policy Programme/Consejo, T-264/04, apartado 50.

<sup>20</sup> *Wightman v. Bureau of Alcohol, Tobacco & Firearms*, 755 F.2d 979, 983 (1st Cir.1985).

días) y la falta de contestación en el plazo establecido deberá entenderse como desestimatoria de la solicitud de acceso.

- 5) Sin perjuicio del oportuno control judicial, una autoridad independiente revisará las denegaciones de acceso.

Entendido así el derecho de acceso a la información pública, éste garantiza la transparencia, la responsabilidad y la rendición de cuentas de las instituciones públicas; previene frente a la arbitrariedad de la Administración y permite la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas; garantiza el ejercicio de otros derechos fundamentales; y constituye uno de los pilares de un gobierno abierto a sus ciudadanos posibilitando el control democrático del poder.

## Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA (2007), *Libro Verde sobre el acceso público a los documentos en poder de las instituciones de la Comunidad Europea*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas.
- CROSS, H. L. & AMERICAN SOCIETY OF NEWSPAPER EDITORS (1953), *The people's right to know: Legal access to public records and proceedings*, Columbia University Press, New York.
- DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO (1997), *Informe Especial del Defensor del Pueblo al Parlamento Europeo elaborado tras la investigación de oficio sobre el acceso del público a los documentos*, 616/PUBAC/F/IJH, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Bruselas.
- DEHOUSSE, R. (1998), "European institutional architecture after Amsterdam: parliamentary system or regulatory structure?", *Common Market Law Review*, Vol. 35, Núm. 3, pp. 595-627.
- DYRBERG, P. (1999). "Current issues in the debate on public access to documents", *European Law Review*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 157-170.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997), *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- GOLDBERG, D., SUTTER, G. y WALDEN, I. (2009), *Media Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- GUICHOT, E. (2003), "El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública", *Revista de la Administración Pública*, Núm. 160, pp. 283-316.
- GUICHOT, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.
- GUICHOT, E. (2012), "La transparencia en España: estado de la cuestión", *Tabula. Estudios Archivísticos de Castilla y León*, Núm. 5, pp. 259-288.
- HENNINGS, T.C. (1959), "Constitutional Law: the People's Right to Know", *American Bar Association Journal*, Núm. 45, pp. 667-670.
- IVESTER, D.M. (1977), "The Constitutional Right to Know", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 4, pp. 109-163.
- JOERGES, C. (2002), *Governance in the European Union and the Commission White Paper*, European University Institute, San Domenico.
- PARKS, W. (1957), "The Open Government Principle: Applying the Right to Know under the Constitution", *George Washington Law Review*, Vol. 26, Núm. 1, pp. 1-77.
- POMED, L.A. (1989), *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- STEEL COMMAGER, H. (1972), *The defeat of America: presidential power and the national character*, New York Review of Books, New York.
- WIGGINS, J.R. (1956), *Freedom or Secrecy*, Oxford University, New York.

## Autoridad

Mariano C. Melero de la Torre  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[mcla@polsoc.uc3m.es](mailto:mcla@polsoc.uc3m.es)

### Resumen

Tener autoridad significa poder reclamar legítimamente obediencia. En la filosofía política y jurídica moderna, los reclamos de la autoridad deben reconciliarse con el respeto a la autonomía de las personas como agentes racionales. Este trabajo se centra en la autoridad del Derecho según el positivismo jurídico, analizando sus límites tanto desde un punto de vista inmanente como desde una perspectiva antipositivista.

### Palabras clave

Autoridad, legitimidad, autonomía personal, positivismo jurídico, liberalismo, legalidad.

197

## Authority

### Abstract

To have authority is to have a legitimate claim to obedience. In modern political and legal philosophy, the claims of authority must be reconciled with the autonomy of persons as rational agents. This paper is focused on the authority of law according to legal positivism, analyzing its limits from an immanent point of view as well as from an anti-positivist perspective.

### Keywords

Authority, legitimacy, personal autonomy, legal positivism, liberalism, legality.

La voz “autoridad” está indefectiblemente unida a las de “obediencia” y “legitimidad”. Tener autoridad no es lo mismo que ser capaz de imponer coercitivamente nuestra voluntad a los demás. Cuando alguien tiene la capacidad de exigir a otros el cumplimiento de sus órdenes bajo la amenaza del uso de la fuerza, decimos que tiene o ejerce un poder sobre ellos. Tener autoridad, en cambio, significa tener el derecho a ordenar o dirigir la voluntad de otros. Un régimen tiránico, por ejemplo, tiene poder, pero no tiene autoridad. Puede coaccionar a su pueblo para que obedezcan sus órdenes bajo la amenaza del uso de la fuerza, pero es incapaz de imponer la obligación moral de obedecerlas.

Decimos que el poder político tiene autoridad cuando puede exigir legítimamente que los ciudadanos obedezcan sus órdenes o directivas. Desde un punto de vista analítico, H.L.A. Hart (1982: 253-255) señaló que dar órdenes implica dar razones para la acción de manera perentoria y con independencia de su contenido. Las órdenes de una autoridad son razones perentorias porque excluyen la deliberación. Una vez que se ha producido una orden, se espera que el destinatario renuncie a toda valoración de los méritos de la acción en cuestión. Además, las órdenes autoritativas son razones independientes de su contenido en el sentido de que son razones para la acción por el mero hecho de haber sido dictadas. La autoridad de una directiva es una razón en sí misma para exigir su obediencia, sea cual fuere el contenido o los méritos de sus exigencias. En este sentido, reconocer la autoridad del gobierno es reconocer a ciertas personas un derecho que de otro modo quedaría reservado exclusivamente a nosotros mismos, a saber, el derecho a determinar nuestra conducta. Por este motivo, obedecer las directivas de la autoridad parece contradecir nuestra autonomía como agentes morales y racionales.

En la mayor parte de las filosofías políticas pre-modernas, la sumisión al poder político se consideraba un deber inexcusable en la medida en que sus directivas remitían a un “orden natural” en el que todos los entes tenían asignados su lugar y su función. En la medida en que el orden social se adecuaba a dicho orden, los individuos debían obedecer las leyes positivas, puesto que de este modo no sólo cumplían con los requerimientos de la justicia, sino que al mismo tiempo mantenían las condiciones necesarias para su felicidad –entendida ésta como el desarrollo de las facultades naturales-. En la época moderna, sin embargo, la única autoridad incontrovertible es la que ejerce cada uno sobre sí mismo. La filosofía política moderna, encargada de justificar racionalmente el orden liberal-democrático, dio por supuesto desde sus orígenes que el ser humano no está subordinado por naturaleza a autoridad alguna, y que, por tanto, el orden social ha de tener en cuenta necesariamente el punto de vista individual. En palabras de John Rawls (1986: 162), los ciudadanos de un régimen constitucional “se consideran a sí mismos como fuentes auto-originantes de pretensiones válidas”, lo cual implica que se ven a sí mismos como seres libres para actuar en su propio interés; cada uno de ellos puede derivar sus pretensiones a partir de sus propios fines y proyectos, sin tener que respaldar tales exigencias en deberes u obligaciones previos hacia la sociedad u otras personas. En estas circunstancias, la justificación de la obligación política no puede limitarse a señalar directamente las ventajas de la cooperación social en la promoción del interés general; por el contrario, tiene que conciliar esas ventajas con el interés esencial que posee todo ciudadano en no obedecer otra voluntad distinta de la suya.

La principal corriente de filosofía política desde los siglos XVII hasta nuestros días emplea el consentimiento como el mejor recurso para justificar las exigencias de un orden social basado en la libertad de los individuos. Mediante la aceptación voluntaria los individuos pueden transferir parte o toda su autoridad a otros.

Autorizan a otros a actuar en su nombre, sometiendo su voluntad a la de aquellos a quienes reconocen autoridad. Desde la perspectiva del contractualismo de Hobbes, obedecer a la autoridad política implica renunciar al juicio propio a favor de aquellos investidos con tal autoridad, no porque aprobemos lo que ellos ordenan, sino porque no tenemos ninguna base fiable sobre la que acordar aquellas cuestiones que tienen que decidirse colectivamente (Flathman, 1996: 528-529). La pluralidad de concepciones conflictivas e incommensurables del bien y de lo correcto exige que los ciudadanos acepten una autoridad con el fin de mantener las condiciones en las que cada uno puede perseguir sus propios fines. Una vez aceptada la necesidad de autoridad, ninguna consideración distinta es relevante para la decisión de obedecer las directivas autoritativas.

De este modo llegamos a uno de los principios básicos del positivismo jurídico: la distinción entre moralidad y Derecho. Según este principio, la identificación de las normas jurídicas se ha de realizar sin acudir al juicio moral. Autores como Joseph Raz y Scott Shapiro basan su definición conceptual del Derecho en esta idea de la autoridad. El Derecho, para serlo, ha de tener autoridad, lo cual significa, según estos autores, que los destinatarios de sus directivas no pueden recurrir a la reflexión moral para decidir si han de obedecer o no. Ninguna norma puede considerarse como parte de un sistema jurídico si los ciudadanos han de usar su juicio moral para identificar su contenido.

Según Raz (1994: 215-220), forma parte de la naturaleza del Derecho reclamar autoridad legítima sobre todos los ciudadanos de una comunidad política. En otras palabras, todo sistema jurídico afirma poseer un poder moral para obligar sistemáticamente a sus ciudadanos mediante directivas moralmente obligatorias. Para ello, es necesario que el sistema jurídico en cuestión sea capaz de tener autoridad, lo cual exige, afirma Raz, que los ciudadanos puedan identificar sus directivas sin recurrir al juicio moral. Esta condición refleja, según él, el papel mediador que ha de cumplir la autoridad política. Quien ejerce dicha autoridad se interpone entre los individuos y las razones (morales y no morales) que éstos tienen para actuar, de manera que pesa y valora por su cuenta las consideraciones aplicables en cada caso, emitiendo a la postre una directiva que pretende reemplazar esas razones con una instrucción única y excluyente. En esto consiste esencialmente la “concepción de la autoridad como servicio” (*the service conception of authority*). Si los ciudadanos a los que se les aplica las directivas políticas necesitaran deliberar sobre las posibles razones que son aplicables al caso concreto para saber qué deben hacer, entonces la autoridad política no estaría actuando como tal. Aceptar la autoridad significa excluir de la deliberación las razones que la autoridad ya ha calibrado por su cuenta, asumiendo la nueva directiva obligatoria como la única razón para la acción.

Existen diversas críticas contra esta concepción de la autoridad, las cuales subrayan la importancia del juicio moral en la identificación de las normas jurídicas en un régimen constitucional (Dworkin, 2006: 198-211; Coleman, 2001: 124-133). Cabría, sin embargo, hacer en este punto una crítica inmanente a la teoría de Raz, puesto que no parece que pueda armonizarse dicha concepción con el ideal de autonomía personal que trata supuestamente de proteger y promocionar. Una de las “funciones primarias” del Derecho que reconoce el autor es “proveer facilidades para los acuerdos privados entre individuos”, es decir, ayudar a los individuos en la persecución de los fines de su elección (Raz, 1994: 168). Esta función es propia, en principio, del Derecho civil en general, y del Derecho contractual en particular. Pero si ésta es una de las funciones primarias del Derecho, su autoridad no puede consistir en pretender sustituir la deliberación de los ciudadanos con nuevas razones, sino que tendrá como fin el de ofrecer un marco legal en el que los

ciudadanos puedan hacer sus acuerdos y perseguir sus fines de acuerdo con su voluntad libre. Como señala Hayek (1960: 150), las normas jurídicas de un Estado de Derecho se diferencian de las simples órdenes respaldadas por la fuerza en el modo en que distribuyen unas y otras la voluntad y la deliberación entre quien manda y quien obedece. En palabras de Rawls (1999: 181), “aunque el ciudadano se somete en su conducta al juicio de la autoridad democrática, no somete a ella su propio juicio”. Por tanto, parece que hay que buscar otra forma de entender el “servicio” que ofrece el Derecho y que justifica su autoridad en un régimen constitucional.

Sin embargo, Raz no encuentra contradicción alguna entre la autoridad, tal y como él la define, y la autonomía de un agente racional. Su estrategia se centra en afirmar que las directivas de la autoridad son instrumentos eficientes para la toma de decisiones. Cuando la autoridad es legítima, obedecer sus directivas conduce a elegir las acciones correctas. Desde un punto de vista instrumental, dice Raz, existe la obligación de obedecer el Derecho en la medida en que es posible justificar sus normas de manera independiente de la voluntad de sus ciudadanos. Dicha justificación procede de la denominada “tesis de la justificación normal”, según la cual sólo es posible afirmar la autoridad legítima de un sistema jurídico en la medida en que los individuos alcanzan mejor sus fines obedeciendo las normas que actuando por su cuenta. Aunque este modo de fundamentar la autoridad política no remite directamente al consentimiento, sí permite reconciliar la sumisión al Derecho con el respeto a la autonomía de las personas. El Derecho ejerce una autoridad legítima, según Raz (1994: 365-366), sólo cuando los individuos tienen más seguridad de actuar conforme a las razones correctas si obedecen las normas jurídicas que si intentan actuar conforme a dichas razones directamente. Toda vez que se cumple la condición de legitimidad, los ciudadanos pueden aceptar la autoridad política sin menoscabo de su autonomía como seres racionales. Raz añade, no obstante, a esta condición la “cláusula de la autonomía”: el Estado sólo puede tener autoridad legítima sobre aquellas materias en las que es más importante actuar de acuerdo con las razones correctas que decidir por uno mismo. De donde se sigue que el deber de obediencia al Derecho no tiene la misma extensión en todos los ámbitos ni para todos los ciudadanos. La tesis de la justificación normal “conduce a la conclusión de que la extensión de la autoridad política varía de individuo a individuo, y en la mayoría de los casos es más limitada de lo que ella misma reclama para sí” (Raz, 1986: 80). Por otra parte, los Estados cumplen algunas de sus principales funciones sin necesidad de ejercer ningún tipo de autoridad, es decir, sin que el Derecho sea fuente de obligación alguna. Así, por ejemplo, cuando se limita a hacer cumplir lo que la moral exige previa e independientemente, o cuando establece y mantiene esquemas de cooperación social, el Derecho no hace más que imponer obligaciones que ya existen por razones morales independientes (Raz, 1979: 245-249).

200

Varios autores han puesto de relieve la falta de sintonía entre, por un lado, la forma parcial y cualificada que tiene la obligación política en la teoría de Raz, y, por otro, el tipo de autoridad moral que el Derecho reclama para sí (Perry, 2005; Soper, 1989). La concepción de la autoridad de Raz es más teórica que práctica, tiene que ver más con las instrucciones de un experto (o las recomendaciones de un amigo) que con los imperativos de una voluntad legisladora. Por eso, según estos autores, la concepción de Raz no da cuenta ni de la capacidad del Derecho para establecer genuinas obligaciones prácticas, ni del alcance de su autoridad.

Shapiro (2002: 431-432), por su parte, defiende el positivismo jurídico excluyente de Raz, pero cree que su concepción de la autoridad fracasa porque se centra casi exclusivamente en el valor instrumental del Derecho. Según Shapiro, el

valor de un Derecho democrático no reside en su valor instrumental. La democracia, para este autor, tiene un valor intrínseco, por cuanto que se trata de un procedimiento de decisión colectiva en el que todas las voces tienen la oportunidad de ser oídas y donde cada voz puede marcar la diferencia. A partir de este procedimiento equitativo, el Derecho resultante puede exigir legítimamente la obligación moral de obediencia, puesto que es irrazonable que los individuos se resistan a sus directivas. La desobediencia a la voluntad democrática equivale a intentar establecer unilateralmente los términos y el sentido de la cooperación social. Por lo tanto, concluye Shapiro, la sumisión a la autoridad democrática no supone una violación de la autonomía, sino al contrario, manifiesta el respeto tanto a la capacidad de los ciudadanos de controlar sus vidas, como al procedimiento por el que se reparte equitativamente esa capacidad de autodeterminación (*íd.*: 437-439).

Desde el campo antipositivista, existen dos argumentos en contra de la concepción positivista de la autoridad. En primer lugar, desde un planteamiento netamente liberal, el valor de la autonomía da pie a un argumento de mayor calado que el de Shapiro, puesto que ataca la definición positivista del Derecho. El argumento podría enunciarse del siguiente modo: si la autoridad del Derecho y, por tanto, la existencia del fenómeno jurídico como tal, sólo se da en la medida en que sus normas hacen posible la autonomía de los individuos, entonces la obligación moral de obediencia al Derecho debe ser en cada caso una cuestión que depende del razonamiento moral. Este es el argumento que defiende, por ejemplo, Trevor Allan (2001). Si reconocemos la autonomía personal como el valor central del sistema jurídico, entonces debemos aceptar que la aplicación e interpretación del Derecho dependen en gran medida del juicio moral. Los ciudadanos, como agentes morales autónomos y responsables, deben negar la autoridad de una norma jurídica, cuando consideran que los principios de justicia del sistema jurídico al que pertenece dicha norma exigen su desobediencia (*íd.*: 67). Esto no significa, sin embargo, que los individuos puedan desobedecer legítimamente cualquier norma jurídica que consideren que no se ajuste a tales principios. Según Allan, dado que la justicia y el bien común no pueden garantizarse sin la cooperación social, y dado que ésta requiere el ejercicio de una autoridad legalmente constituida, existen buenas razones para exigir la obediencia a dicha autoridad, incluso cuando sus reclamos no superan una crítica razonable. No obstante, añade Allan, de ahí no se sigue que sea razonable esperar que las personas, como agentes autónomos, se sometan a una autoridad pública ilimitada, incluso aunque las leyes sean efectivamente la expresión de la voluntad mayoritaria. Un agente moral autónomo debe someter los reclamos del Estado a un escrutinio moral independiente. La existencia de obligaciones jurídicas es siempre el resultado de un juicio moral personal por el que se reconoce que la obediencia está justificada. Como consecuencia, la capacidad de las normas jurídicas para excluir toda razón moral ulterior, ha de considerarse siempre “presuntiva y revocable” (*íd.*: 68). La autoridad legal no puede disociarse de la autoridad moral, del mismo modo que la obligación legal es inseparable de la obligación moral.

El segundo argumento contra la concepción positivista de la autoridad parte de una concepción alternativa que no se identifica ni con el positivismo jurídico ni con el liberalismo iusnaturalista. En definitiva, la polémica entre estas dos posiciones se puede describir como una discusión sobre la teoría sustantiva de la justicia que debería incorporarse al Derecho. Por un lado, los positivistas defienden que dicha teoría ha de ser la que decida el pueblo democráticamente; por otro, los antipositivistas reivindican la incorporación de aquella teoría que trate a todos los individuos como sujetos autónomos (o, en términos de Dworkin, con igual consideración y respeto). Ambas posiciones conciben el Derecho como un instrumento para la implantación de una determinada visión sustantiva de la justicia.

En términos de Lon Fuller (1969: 192), ambas visiones comparten la misma concepción del Derecho como una “únivoca proyección de autoridad”. La concepción alternativa consiste, por tanto, en defender una “moralidad interna” al Derecho, es decir, unos requerimientos procedimentales que todo sistema jurídico ha de satisfacer para poder reclamar legítimamente obediencia. Tales requerimientos poseen, según Fuller, un valor moral independiente que condiciona el contenido sustantivo de las leyes positivas. Son las condiciones que hacen posible que la autoridad del Derecho sea “el producto de una interacción de orientaciones con sentido entre los ciudadanos y el gobierno” (*íd.*: 204). Principios como los de publicidad, generalidad o congruencia exigen que el contenido de las leyes sea comprensible o interpretable por el público al que van dirigidas. Lo cual implica por parte de la autoridad un compromiso de justificación racional hacia aquellos que están sometidos a ella. La autoridad debe tomar en cuenta las diferentes perspectivas de todos los posibles afectados por su legislación a la hora de promulgar cualquier disposición jurídica. Esto no garantiza la aceptación de todos, puesto que el desacuerdo se produce incluso entre los ciudadanos más razonables. Sin embargo, como señala David Dyzenhaus (1996: 176), todos pueden aceptar, si desean conducir sus asuntos racionalmente, “que las decisiones deben adoptarse como resultado de la deliberación, y que después han de sujetarse a ulteriores deliberaciones a la luz de la experiencia”. En definitiva, esta concepción defiende, en términos de Jürgen Habermas, “la legitimidad a partir de la legalidad” (2000: 148). Es decir, que la decisión de gobernar a través del Derecho hace que el gobierno sea siempre legítimo, al menos hasta cierto punto. Esto se debe a que, como señala Dyzenhaus (2000: 172), el compromiso con el imperio de la Ley implica en última instancia un compromiso con lo que puede considerarse como un ideal sustantivo: la idea de una ciudadanía activa que tiene recursos para someter al legislativo y al gobierno a una permanente rendición pública de cuentas mediante el principio de igual participación. La implantación efectiva de los principios de participación y rendición de cuentas permiten suponer que el Derecho positivo tendrá, con mucha probabilidad, un contenido compatible con los principios liberales. Pero éste será el resultado de las restricciones de un proceso de justificación pública que respeta la dignidad de las personas como agentes racionales autónomos.

202

## Bibliografía

- ALLAN, T. (2001), *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- COLEMAN, J. (2001), *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (2006), *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge.
- DYZENHAUS, D. (1996), “The Legitimacy of Legality”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 46, pp. 129-180.
- DYZENHAUS, D. (2000), “Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review?”, en FORSYTH, C. (ed.), *Judicial Review and the Constitution*, Hart Publishing, Oxford.
- FLATHMAN, R. (1996), “Legitimacy”, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, Oxford.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- HABERMAS, J. (2000[1992]), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid.
- HART, H.L.A. (1982), “Commands and Authoritative Legal Reasons, *Essays on Bentham*”, Clarendon Press, Oxford.
- HAYEK, F.A. (1960), *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago.

- PERRY, S. (2005), "Law and Obligation", *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, pp. 263-96.
- RAWLS, J. (1986), *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid.
- RAWLS, J. (1999), *Collected Papers*, en FREEMAN, S. (ed.), Harvard University Press, Cambridge.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- RAZ, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- RAZ, J. (1994), *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford.
- SHAPIRO, S. (2002), "Authority", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- SOPER, P. (1989), "Legal Theory and the Claim of Authority", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 18, Núm. 3, pp. 209-237.



## Presupuesto Participativo

Julio Alguacil

Universidad Carlos III de Madrid

[julio.alguacil@uc3m.es](mailto:julio.alguacil@uc3m.es)

### Resumen

En la primera década del siglo XXI se pone de relieve el importante desarrollo de innovaciones democráticas en el ámbito local. Sin duda, la más emblemática es el Presupuesto Participativo, proceso a través del cual los ciudadanos tienen oportunidad de decidir de forma directa sobre el destino de una parte del presupuesto municipal. Si bien, estos procesos precisan de una nueva cultura política, más inclusiva, más relacional. De ahí sus límites, la vulnerabilidad de las experiencias, y sus desiguales resultados.

### Palabras clave

Presupuesto municipal, deliberación, participación, capacidad de decisión, nueva cultura política.

204

## Participative Budget

### Abstract

In the first decade of the XXI century the development in democratic innovations in the local scope have been prominent. Certainly, the most emblematic of these innovations is the Participative Budget, a process in which citizens have the opportunity to directly influence the municipal budget. However, these processes require a new political culture, more inclusive, more relational. Hence, these are the limits of the Participative Budget, the vulnerability of the experiences and their varying results.

### Keywords

Municipal budget, deliberation, participation, ability to decide, new political culture.

V  
O  
C  
E  
S

La nueva agenda neoliberal que sustituyó a la agenda socialdemócrata, allá por los años 70, significó un punto de inflexión, que en el ámbito de las administraciones públicas se ha traducido en un cuestionamiento de las estructuras y procedimientos políticos asociados al Estado social. Acorde con el nuevo marco establecido en la globalización y con la creciente capacidad estratégica, que en ella adquieren las grandes corporaciones y los denominados mercados, ha ganado protagonismo una mirada que se orienta a prescribir las políticas y estructuras administrativas en una doble dirección: hacia fuera de las estructuras administrativas, trasladando capital público hacia el ámbito privado, y hacia dentro, interiorizando los valores empresariales. Se combina así la privatización de empresas y servicios públicos, y la empresarización o incorporación de la cultura empresarial en el funcionamiento de las administraciones públicas. La denominada Nueva Economía y la Nueva Gestión Pública confluyen en esta perspectiva, que estrecha los vínculos entre el mundo de la empresa y de la administración pública, sojuzgando la política a la economía convencional, subordinando las estructuras administrativas a las estrategias empresariales y supeditando, en definitiva, los ámbitos locales al ámbito global.

La consolidación de estas estrategias y la puesta en evidencia de los fallos y desajustes que produce en la regulación de las relaciones sociales y políticas, siendo algunas de las consecuencias más importantes el ensanchamiento de la exclusión social, de la corrupción y de la creciente desafección de los ciudadanos para con la política, explica en buena medida la eclosión en los años 90 de las organizaciones del tercer sector y el desarrollo de numerosas innovaciones democráticas, sobre todo en el ámbito local. Ambos fenómenos, con muchos puntos de conexión, suplen la escasez de grandes movimientos sociales desde mediados de los 80, que sólo reaparecen a finales de los 90, con el denominado movimiento antiglobalización, y que vienen a reforzar las estructuras societarias, y a impulsar la extensión de nuevas figuras y procedimientos participativos en el ámbito local en la primera década del siglo XXI.

La búsqueda de nuevas fórmulas de inclusión social y política ha permitido el surgimiento de una amplia batería de nuevas figuras participativas. Innovaciones que permanecen muy ocultas por su carácter local y su desarticulación, pero no por ello dejan de poner de relieve la emergencia de una corriente proclive a explorar una nueva cultura política, orientada a habilitar a los ciudadanos para la toma de decisiones públicas y para incrementar la calidad de la democracia. Así, van apareciendo multitud de figuras, procesos y procedimientos participativos, como Planes Integrales, Planes de Desarrollo Comunitario, Agendas 21, Foros Ciudadanos, Jurados Ciudadanos, Gestión Compartida de espacios y equipamientos públicos, Círculos de estudios, Encuestas deliberativas, Audiencias, Consultas populares, Asambleas... (Font, 2001).

Sin duda, por su profundidad, extensión y complejidad, el buque insignia de todas éstas nuevas innovaciones son los denominados Presupuestos Participativos (PPPs). Es la figura, proceso y procedimiento participativo, más emblemática, aunque también la más mitificada y la que más modificaciones y reinterpretaciones ha sufrido. Aunque, en su desarrollo teórico, metodológico y aplicabilidad, en muchos casos, han mostrado su capacidad implicativa, inclusiva y transformadora, en otras muchas prácticas reales, y por circunstancias muy diversas se ha alejado de la naturaleza, frescura y radicalidad que presentó en sus comienzos.

Sus orígenes hay que buscarlos en la simbólica ciudad de Porto Alegre (Brasil), cuando en 1989 alcanza el gobierno de la ciudad el Partido de los Trabajadores. Esta formación de reciente creación en esos momentos, muestra una

clara voluntad por incorporar procedimientos radicalmente democráticos que combinan métodos de participación de carácter deliberativo con la capacidad de decisión de los ciudadanos, la participación directa con la delegación, la escala territorial con la sectorial o temática (Gomà y Rebollo, 2001), en un proceso en el que a los ciudadanos se les brinda nuevas oportunidades y adquieran nuevas capacidades para decidir sobre el destino de una parte significativa del presupuesto municipal en sus capítulos de inversiones.

En la ciudad brasileña de Porto Alegre se producen las condiciones que permiten el éxito de la experiencia, y su enorme impacto provoca posteriormente una transferencia de la experiencia a muchos municipios latinoamericanos y europeos. Las condiciones que son imprescindibles para desarrollar acciones complejas de participación, que de forma coherente sean capaces de establecer una estrategia dirigida a incrementar y mejorar la calidad de la democracia, parecen tener mayor caldo de cultivo en las ciudades. El ámbito de las políticas de proximidad es el municipio, la ciudad, el barrio, ámbitos que precisan de un tipo de gobernanza con vocación de transformar su propia realidad, sobre todo las relaciones sociopolíticas entre los diversos actores, y para ello se tienen que dar de forma combinada unas determinadas condiciones que lo permitan (Blanco y Ballester, 2011; Figueroa, 2011). A saber:

- 1) Voluntad y determinación política por parte de los que ocupan posiciones de poder institucional. Una disposición, por tanto, a distribuir el poder, transformándolo en potencia, reconociendo la pluralidad y trabajando por la puesta en común de los diversos actores, principalmente, políticos, técnicos, entidades sociales, asociaciones y ciudadanos. Se precisa, entonces, de un tipo de liderazgo relacional y mediador, en disposición de implicar a distintos actores en la toma de decisiones, frente al dominante liderazgo de tipo tradicional y racional.
- 2) Existencia de recursos tangibles e intangibles, tales como empleados públicos capacitados, motivados y con vocación pública; contenedores e instalaciones de proximidad y estructuras organizativas adaptadas. La combinación entre la voluntad política y la existencia de recursos adecuados, conforma el necesario despliegue de oportunidades para la participación. Entre estos recursos nos interesa poner de relieve las estructuras que tienen que cultivar el incremento de las capacidades de los actores vinculados a ellas, independientemente de sus funciones normativas.
- 3) Una comunidad ciudadana con suficiente cohesión social, con suficiente autonomía, activa, organizada y con capacidad de movilización e intervención.
- 4) Asentamiento de los compromisos institucionales para con la ciudadanía haciendo vinculantes las decisiones y prioridades establecidas por los ciudadanos.
- 5) Vocación de continuidad estableciendo los mecanismos institucionales para que ello sea posible y dejen de ser procesos vulnerables subordinados a los avatares de los cambios políticos y electorales.

A raíz de esta experiencia, y la de la ciudad de Belo Horizonte, prácticamente coetánea de la de Porto Alegre, se expresa el interés por identificar y definir los PPs. Se establecen múltiples definiciones de lo que es un Presupuesto Participativo (PP),

con la dificultad de incorporar todas las dimensiones y variables que se encuentran contenidos en estas pioneras e influyentes experiencias.

Carlos López, sociólogo y responsable de los PPs de la ciudad de Getafe, uno de los PPs más exitosos de España, y promotor de la creación de la Red Estatal de Presupuestos Participativos (agrupa a más de 20 municipios españoles) ha recopilado diferentes definiciones de los PPs (López, 2010: 67). Entre ellas, la definición del economista Ubiratán de Sousa, responsable técnico de la primera experiencia de Porto Alegre, y que hacemos nuestra:

El presupuesto participativo es un proceso de democracia directa, voluntaria y universal donde el pueblo puede discutir y decidir sobre el presupuesto y las políticas públicas. El ciudadano no limita su participación al acto de votar para elegir al Ejecutivo o al Parlamento, sino que también decide las prioridades de gasto y controla la gestión del gobierno. Deja de ser un coadyuvante de la política tradicional para ser el protagonista permanente de la gestión pública...

Desde las consideraciones apuntadas sobre las condiciones necesarias para implementar procesos participativos complejos y la aceptación de la definición de lo que son los PPs podemos desgranar y abundar en los distintos aspectos que conforman la naturaleza de los PPs: objetivos específicos, principios, modelos, estructuras, para finalmente apuntar sus fortalezas y debilidades, y los retos que tienen por delante.

### ***Modelos y principios del Presupuesto Participativo***

El impacto que han tenido las experiencias brasileñas, tanto en el ámbito del municipalismo, como en el de los movimientos sociales y en el académico, hace que las experiencias de los PPs se extiendan rápidamente por Latinoamérica y algunos países europeos del sur. Si bien los contextos sociales, políticos, jurídicos, culturales... de los países, de las ciudades, de los municipios, son diferentes. Así, variables territoriales, sociodemográficas y socioeconómicas, normativas, culturales... establecen modificaciones y diferenciaciones en los métodos, en los procedimientos, en los objetivos y en las estructuras.

De las diferenciaciones en los modelos cabe destacar fundamentalmente dos variables: la primera se refiere a la pluralidad y perfil de los actores intervenientes (Ganuza, 2007; López, 2010; Parés, 2011) y, la segunda, a la variable ideológica (Montecinos, 2011). Ambas muy imbricadas entre sí.

Con respecto al perfil de los actores intervenientes se distingue entre:

- 1) Un modelo de base individual directa y de carácter universal que proclama una relación exclusiva, sin contar con otros actores que pueden jugar un rol de mediación entre la administración (políticos y técnicos) y los ciudadanos. A los ciudadanos a los que se les ofrece la oportunidad de deliberar, establecer prioridades y decidir en asambleas territoriales y sectoriales sobre las propuestas que ellos mismos han elaborado. En algunos procesos los ciudadanos eligen delegados o representantes en las fases donde hay que coordinar prioridades y tomar decisiones sobre las propuestas sobre las que se ha deliberado en las diferentes asambleas. Este modelo, que se construye sobre una relación directa entre administración y ciudadanos, desplaza a las organizaciones sociales, induciendo en algunas ocasiones la oposición de las asociaciones ciudadanas al desarrollo del PP y, como consecuencia, se

provoca una cierta deslegitimación del proceso por la confrontación con el propio tejido asociativo.

- 2) Un modelo de base asociativa en el que la participación se establece exclusivamente entre la administración y las diversas asociaciones territoriales y sectoriales con actividad en el municipio. A veces se constituye un foro ciudadano conformado por las asociaciones donde se delibera, a veces se negocia, junto a los políticos y técnicos sobre las propuestas, prioridades y decisiones. Sin embargo, este modelo no se puede considerar como universal y se le presume una representatividad de la ciudadanía que no está confirmada y que a veces es cuestionada.
- 3) Un modelo de carácter mixto en el que se combinan la participación a nivel individual con la implicación de las asociaciones. En este modelo, y según la naturaleza de la fase del proceso, las asociaciones pueden jugar diferentes roles: como diseñadores, mediadores, facilitadores, convocantes, asesores, participantes de pleno derecho...

En todos estos modelos se respetan los principios que se le supone a un proceso de PPs, tales como el de distribución del poder y empoderamiento (Herrera, 2005: 22-29), inclusión, deliberación, capacidad de decisión, decisiones vinculantes, transparencia, capacidad de control sobre el desarrollo de las propuestas, rendimiento de cuentas y evaluación. Todos estos modelos establecen un sentido de comunicación bidireccional arriba-abajo/abajo-arriba. Pero también, cada uno de estos modelos puede presentar variantes que suelen mostrar la incapacidad para superar la mirada ideológica y/o partidista, manteniendo, así, la vieja cultura administrativa. El lastre de la vieja cultura administrativa, que considera a los ciudadanos administrados o clientes, viene a prescribir una lógica que deriva en una instrumentalización de una figura que al ganar protagonismo y prestigio, se viene a considerar como un buen reclamo para obtener legitimidad del liderazgo racional-tradicional, para alimentar la legitimidad de una democracia representativa, de por sí muy desgastada y para la obtención de beneficios de orden electoral y político. En esta perspectiva, el proceso que acoge esta denominación de Presupuesto Participativo suele establecer una estrategia unidireccional arriba-abajo, que no hace sino crear un simulacro de la participación dejando en un segundo plano los principios y procedimientos que permiten el empoderamiento y la capacidad de decisión de los actores no institucionales. Esta perspectiva, considerada elitista, establece límites a la participación real y estrecha los márgenes de decisión, alejándose del espíritu original de los PPs brasileños.

208

### ***El guion del Presupuesto Participativo y sus retos***

El recorrido de un PP es siempre un proceso con vocación de sostenibilidad, a la misma vez, que con vocación de recrearse continuamente. Como tal proceso dinámico tiene distintas fases que trazan su recorrido. Atendiendo a la posición y naturaleza de las distintas fases y estructuras asociadas a ellas (asambleas, consejos, comisiones, delegaciones...), podemos considerar su capacidad de inclusión y de participación para poder así estimar su mayor lejanía o su mayor cercanía a los principios de los PPs participativos originales. Una secuencia completa de las distintas fases que puede contener un PP es la siguiente:

- El inicio del proceso se realiza sobre una metodología, construida de forma compartida entre distintos actores con saberes y experiencias plurales (políticos, técnicos, expertos, entidades sociales), que es difundida, presentada, discutida, corregida y validada por los ciudadanos.

- De forma simultánea es necesaria la apertura de espacios para el incremento de las capacidades, habilidades y aprendizaje de los actores participantes. Dada la complejidad de los mecanismos presupuestarios y financieros en una administración pública, es preciso facilitar de forma comprensible los farragosos procesos administrativos y considerar el PP, no sólo como medio para alcanzar unos objetivos, sino que también debe ser considerado como un fin en sí mismo, como un elemento formativo y pedagógico, que va enriqueciendo la experiencia política y motivando el aumento de las virtudes cívicas en los distintos tipos de actores.
- Es necesaria la construcción conjunta de un reglamento, o más bien, un auto-reglamento del Presupuesto Participativo que establezca de forma común, clara y sencilla las reglas de juego.
- Creación de las estructuras asamblearias, territoriales y sectoriales, y en su caso los procedimientos de delegación y representación de segundo y tercer nivel, generalmente imprescindibles en escalas de ciudad mediana y grande.
- Realización de propuestas por parte de los participantes en las asambleas territoriales y sectoriales. Evaluación de su viabilidad técnica y jurídica, y posterior deliberación sobre las mismas. Establecimiento de prioridades y decisión final sobre las propuestas que son viables.
- Elevación de las propuestas definitivas al gobierno municipal y aprobación de las mismas según los compromisos adquiridos.
- Evaluación del proceso e incorporación de mejoras en el auto-reglamento y en los procedimientos, para el inicio del siguiente ciclo (generalmente anual).
- Seguimiento y control de la ejecución efectiva de las propuestas aprobadas.

Cuento más inclusivas sean las estructuras funcionales en cada una de las fases y más fluida sea la comunicación bidireccional, mayor es la potencia y calidad democrática.

Si bien algunas investigaciones denuncian un excesivo optimismo en relación a la capacidad transformadora mostrada por una buena parte de las experiencias; más concretamente ponen de relieve cómo los PPs suelen ocupar una posición institucional periférica, deciden sobre una parte muy limitada del presupuesto municipal y su invisibilidad, contribuyendo a su falta de capacidad para producir una movilización social significativa. Sin embargo, estos mismos autores nos descubren buenos resultados en el impacto de las propuestas ciudadanas en la toma de decisiones públicas y en la modificación de las actitudes de los actores intervenientes. (Blanco y Ballester, 2011; Parés, 2011).

Cabe, finalmente, a la luz de las evaluaciones de estos estudios de casos acentuar los principales retos que los PPs tienen que afrontar. El más estructural tiene que ver con las innovaciones necesarias para modificar unas estructuras administrativas impregnadas de una cultura administrativa burocrática y gerencial. Es necesario construir una nueva cultura política, sobre la que la propia figura del PP se podría considerar como un síntoma de su emergencia. Pero para su extensión y consolidación son necesarias estructuras administrativas preparadas

para afrontar su propia transformación hacia un medio más relacional, inclusivo y participativo. La voluntad política es determinante, y otro tipo de liderazgo más inclusivo y relacional tiene que instaurarse. De ello también depende que el número de participantes y el margen del presupuesto municipal sobre el que se decide, se ensanche, y el proceso se perciba y se reconozca como significativo.

## Bibliografía

- BLANCO, I. y BALLESTER, M. (2011), “¿Participar para transformar? La experiencia de los Presupuestos Participativos en la provincia de Barcelona”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Núm. 5, pp. 117-144.
- FIGUEROA, J.T. (2011), “Condiciones necesarias para la implementación del presupuesto participativo”, en BRISEÑO, C. (coord.), *Presupuesto Participativo. Herramienta para la democracia*, Instituto Electoral Congreso del Estado de Jalisco, México.
- FONT, J. (coord.) (2001), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona.
- GANUZA, E. (2007), *Tipología y modelos de presupuestos participativos en España*, IESE-CSIC, Córdoba.
- GOMÀ, R. y REBOLLO, O. (2001), “Democracia local y ciudadanía activa: reflexiones en torno a los presupuestos participativos”, en FONT, J. (coord.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona.
- HERRERA, J. (2005), “La democracia en procesos participativos: principios, fundamentos y requisitos”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE, T. (coord.), *La pedagogía de la decisión. Construyendo Ciudadanía nº 10*. CIMAS, Madrid.
- LÓPEZ, C. (2010), “Los presupuestos participativos: una respuesta colectiva para problemas comunes. La experiencia de Getafe”, *Documentación Social*. Núm. 159, pp. 65-84.
- PARÉS, M. (2011), “Fortalezas y debilidades de las experiencias del presupuesto participativo en Barcelona (España)”, en BRISEÑO, C. (coord.), *Presupuesto Participativo. Herramienta para la democracia*, Instituto Electoral Congreso del Estado de Jalisco, México.
- MONTECINOS, E. (2011), “Democracia participativas y presupuesto participativo en Chile: ¿complemento o subordinación a las instituciones representativas locales?”, en BRISEÑO, C. (coord.), *Presupuesto Participativo. Herramienta para la democracia*, Instituto Electoral Congreso del Estado de Jalisco, México.



## Acción positiva

María de la Macarena Iribarne González

*University of Wollongong*

[iribarena@googlemail.com](mailto:iribarena@googlemail.com)

### Resumen

Las acciones positivas son aquellas medidas surgidas en los años sesenta con el objetivo de paliar la discriminación que han padecido ciertos grupos. En esta voz se aborda brevemente cuál ha sido su justificación, cómo se les ha clasificado y cuáles han sido los criterios más comunes que han seguido los tribunales para decidir sobre su legitimidad.

### Palabras clave

Acción positiva, discriminación, derecho antidiscriminatorio.

211

## Affirmative action

### Abstract

Affirmative actions are policy measures that emerged in the sixties in order to alleviate the discrimination suffered by certain groups. This paper briefly described how these actions have been justified, how they have been classified and what were the most common criteria followed by the courts to rule on their legitimacy.

### Keywords

Affirmative actions, discrimination, anti-discrimination law.

## 1. Definición

Las medidas de acción positiva –o acción afirmativa como se le conoce en el derecho estadounidense- surgieron en los años sesenta en los Estados Unidos de América. En su origen estas medidas tenían como finalidad paliar la discriminación padecida por el colectivo afroamericano en ese país, posteriormente su objeto se ha ampliado para favorecer también a las mujeres u otros grupos oprimidos (Peters, 1999: 3). Es necesario aclarar que la razón por la que se considera a las mujeres –la mitad de la población- a efectos de las acciones positivas como grupo responde a su falta de poder económico, social y político (Osborne, 1997: 65 y 66).

Las acciones positivas se pueden definir como todas aquellas medidas que tienen como beneficiarios directos a individuos que han padecido o padecen una discriminación o se hallan en una situación de desventaja estructural por pertenecer a un colectivo cuya desigualdad se manifiesta desde el punto de vista grupal, y que tienen como finalidad corregir esa discriminación o desventaja a través de beneficios inmediatos, con el objetivo de lograr unos niveles más altos de igualdad real en la sociedad.

Las acciones positivas son, por lo tanto, medidas que benefician a personas concretas en virtud de su adscripción a cierto colectivo. Martín Vida (2002: 38) afirma que para que podamos hablar de acciones positivas la pertenencia a ese colectivo debe estar “determinada a su vez por la posesión de algún rasgo completamente inmutable e íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como ser humano”. En otras palabras, la persona no puede elegir ni cambiar su pertenencia al susodicho colectivo.

## 2. Justificación

212

Es posible justificar las acciones positivas sobre la base de los siguientes tres fundamentos: justicia distributiva, justicia compensatoria y utilidad social (Rodríguez, 1999: 256). La distinción entre justicia distributiva y compensatoria o correctiva ya está presente en el pensamiento aristotélico. En cuanto a la utilidad social también podemos localizar su origen en el pensamiento griego, aunque tal vez su desarrollo más importante lo encontramos en el utilitarismo desarrollado durante los siglos XVIII y XIX.

La justicia distributiva, nos dice Aristóteles (2007: 105- 107.), “es la que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad”. Esta justicia está basada en la proporción geométrica de tal forma que “el que comete la injusticia tiene una porción excesiva de bien y el que la padece, demasiado pequeña”.

Las acciones positivas serían –desde la perspectiva de este tipo de justicia- un medio para repartir en el presente de una manera más proporcional los recursos de la sociedad. El objetivo de estas medidas consiste en beneficiar a aquellas personas que, por su pertenencia a un determinado colectivo, han recibido injustamente una proporción de un bien determinado menor a la que justamente les correspondía.

La justicia distributiva cumple un fin que va más allá de la ayuda a un individuo concreto, en cuanto debe colaborar en la conformación de la estructura básica de la sociedad. De acuerdo con John Rawls (2006: 67-88) existen dos principios de justicia que pueden ayudar a crear un marco institucional más justo. El primero es que cada persona tiene igual derecho al más amplio esquema de

libertades fundamentales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos (*principio de igualdad en las libertades básicas*), y en segundo lugar las desigualdades económicas y sociales (especialmente las relativas a la riqueza y la autoridad) han de satisfacer dos condiciones: tienen que (a) ser para el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad (*principio de la diferencia*), y (b) tienen que estar asociadas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de igualdad de oportunidades (*principio de la justa igualdad de oportunidades*).

A pesar de que Rawls no abordó expresamente las acciones positivas diversos autores consideran que estas medidas pueden ser encuadradas en el esquema rawlsiano, porque éstas persiguen el principio de justa igualdad de oportunidades (Nagel, 2003: 84; Rodríguez, 1999: 263; Rodríguez Zepeda, 2004: 112). El principio rawlsiano de justa igualdad de oportunidades “sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dones naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables” (Rawls, 2006: 103), o, como es el caso de los titulares de las acciones positivas han sufrido el racismo o el sexism sistemático y prolongado. Las acciones positivas basadas en la raza y el género serían de esta forma un medio “para restaurar la integridad de un sistema distributivo basado en el derecho a la igualdad de oportunidades” (Rosenfeld, 1991: 302- 303).

Por su parte, la justicia compensatoria o correctiva es, para Aristóteles (2007: 105-109), “la que establece los tratos en las relaciones entre individuos”, tanto voluntarios como involuntarios. A diferencia de la justicia distributiva, la justicia correctiva está basada en la aritmética, y su función es corregir las desigualdades. “De modo que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida en los cambios no voluntarios y consiste en tener lo mismo antes que después”.

En el contexto de las acciones afirmativas, la justicia compensatoria busca resarcir a las víctimas del racismo y el sexism por los daños que han sufrido. Para lograr este fin “la justicia compensatoria demanda la transferencia de bienes y recursos de una persona o grupo de personas a otra/s a los efectos de restablecer la situación de igualdad que existía o debía haber existido entre ellas antes de la imposición de las condiciones que resultaron en privilegios para el violador de la igualdad y obstáculos para sus víctimas” (Rodríguez, 1999: 257). Bajo la óptica de esta justicia los integrantes del colectivo dominante no se verían injustamente perjudicados por las medidas de acción positiva porque consciente o inconscientemente se han visto beneficiados –tanto en el caso del racismo como en el del sexism- por lo que la posición que ocupan en la sociedad es fruto de esa situación de desigualdad.

Por último, las acciones positivas se pueden justificar por la utilidad social que proporcionan. De acuerdo con el utilitarismo, la política moralmente correcta será aquella que genere mayor felicidad o bienestar para los integrantes de una sociedad (Mill, 1998: 137). Para evaluar si las acciones positivas aumentan el bienestar general es necesario ponderar los daños y los beneficios.

Las y los defensores de las acciones positivas sostienen que éstas aumentan el bienestar general porque colaboran –entre otras cosas- a la eliminación de viejos y perjudiciales estereotipos aumentando la confianza de aquellos colectivos que históricamente han sido discriminados; crean una sociedad más diversa y justa, promocionan modelos de roles deseables, atenúan las tensiones raciales y entre los

sexos (Rosenfeld, 1991: 95). Estos cambios se efectúan además sin producir un daño significativo en la imagen y los intereses de los integrantes del grupo dominante, porque las medidas de acción positiva están diseñadas para integrar en ciertos ámbitos a personas normalmente excluidas de ellos, no para excluir a los que históricamente han ocupado estas posiciones (Rodríguez, 1999: 265). En conclusión, y siguiendo a la feminista Deborah Rhode (1991: 188) las acciones afirmativas son cruciales “para lograr conseguir un orden social en el cual la riqueza, el poder y el estatus no se encuentren distribuidos sobre líneas raciales, étnicas o sexuales” porque estas acciones ayudan a “disipar los estereotipos que contribuyen a esta distribución desigual”.

### 3. Clasificación

Las acciones positivas pueden ser clasificadas en medidas de concienciación y medidas de promoción. Las primeras se limitan a sensibilizar sobre el problema e intentar crear un estado de opinión favorable a la igualdad estimulando un cambio en las actitudes; las segundas buscan “corregir los defectos (que acaban teniendo carácter estructural) de los sistemas de selección tradicionalmente basados en el mérito en los que es muy frecuente que se introduzcan o se hayan introducido, aunque sea inconscientemente, prejuicios y prácticas aparentemente neutras pero que merman las posibilidades de los miembros de los colectivos tradicionalmente marginados de conseguir el bien al que se aspira” (Martín Vida, 2002: 42- 43).

Las medidas de promoción se dividen a su vez en: medidas de incentivación y medidas de trato preferente (*preferential treatment*). Las medidas de incentivación buscan incrementar las oportunidades competitivas de las personas a las que están dirigidas estas políticas, a través de diversos medios, como pueden ser: brindar información y alentar la solicitud de ciertos empleos; aportar medios económicos como subvenciones, becas, etc.; favorecer la compatibilidad entre vida personal y trabajo. Las medidas de trato preferente surgen en contextos en los que el bien perseguido está caracterizado por elementos de escasez y de indivisibilidad (por ejemplo, un puesto de trabajo), y pueden consistir en: conceder una puntuación extra a una persona por su pertenencia a determinado colectivo; servir como medida de desempate en el supuesto en que varias solicitudes presenten la misma cualificación; o dar una preferencia automática al sujeto de la política de la acción positiva, siempre y cuando cumpla con los requisitos de cualificación mínimos (Martín Vida, 2002: 44- 48).

214

Respecto a estas últimas medidas es necesario hacer una aclaración, porque es común que se les designe con los términos discriminación inversa o discriminación positiva (considerados como sinónimos). Existen, sin embargo, buenas razones para no emplear estas expresiones. La primera porque la locución discriminación inversa se ha utilizado en Estados Unidos para calificar a las medidas positivas inconstitucionales, dado lo cual parecería que se prejuzga su apego a los principios y normas constitucionales (Barrère Unzueta, 2002: 29). La segunda razón es que el término discriminación no es neutro y su connotación es negativa y peyorativa (Rosenfeld, 1991: 43). En concreto, en el contexto del derecho antidiscriminatorio “el concepto de discriminación tiene que ver con los grupos”, por lo tanto, no es exacto decir que *un integrante* del grupo dominante ha sido discriminado individualmente por una acción positiva (Barrère Unzueta, 1997: 94- 95). En este sentido, Barrère Unzueta (2002: 31-32) sostiene que “unir la palabra *inversa* a *discriminación* da a entender que es el mismo fenómeno de injusticia el que se produce, en este caso, y a través de la acción positiva, en otro u otros individuos” que no resultan beneficiados por esa acción; sin embargo, “esto no es exacto, en la medida en que el fenómeno de injusticia que sufre un individuo por su

V  
O  
C  
E  
S

pertenencia a un grupo socialmente subordinado [...] es *diverso* al fenómeno de injusticia que sufre un individuo por su pertenencia a un grupo socialmente dominante”, lo cual no es óbice para que en ciertos casos un individuo pueda ser injustamente tratado por la existencia de determinada acción positiva, pero “este fenómeno de injusticia es *diverso* y, por lo tanto, no debe ser designado con la misma denominación”. Por otra parte, para esta autora, en el contexto del nuevo Derecho antidiscriminatorio hablar de discriminación positiva es “una *contradicción in terminis*”.

Es precisa una segunda aclaración respecto a las medidas de trato diferente, lo que nos lleva a abordar la cuestión de las cuotas y los objetivos numéricos. De manera errónea se considera que las cuotas son medidas de trato preferente, cuando en realidad se trata de una mecanismo para fijar qué número o porcentaje de un bien escaso e indivisible se destinará a los beneficiados de determinado programa de acción positiva (Martín Vida, 2002: 48-49). Los objetivos numéricos (*goals*), por su parte, indican cuál es el porcentaje o número de integrantes de cierto colectivo que se desea alcanzar en el futuro, sin especificar cómo se conseguirá. El tiempo para lograr este objetivo puede ser corto o largo, determinado o indeterminado (Rosenfeld, 1991: 45).

#### **4. Las acciones positivas y los tribunales**

No hay criterios absolutos para determinar cuándo una medida de acción positiva será calificada por un tribunal como legítima o ilegítima, ya que esta decisión dependerá mucho del momento sociopolítico e incluso de la configuración del tribunal (*íd.*: 30), no obstante, Michael Rosenfeld nos da cierta luz sobre este asunto al resumir los seis criterios que los tribunales estadounidenses siguen a la hora de evaluar si una acción positiva es constitucional o no lo es. En primer lugar, debe existir “una clase de individuos que, por acciones estatales o a través de conocidas acciones sociales sistemáticas permitidas o ayudadas por el estado, han sido privados de medios (o no han sido provistos de los medios que tenían los restantes miembros de la sociedad) sobre la base de una característica moralmente irrelevante compartida por todos los integrantes de la clase”. Deben existir, además, “efectos adversos presentes vinculables con las pasadas privaciones”. Es necesario, también, “que esa clase; tomada como un todo, sea sustancialmente desfavorecida en la competencia por el bien escaso que sea el objeto materia del programa de la acción positiva” y “que la deficiencia en medios atribuida en las privaciones conocidas haya resultado en reducir las posibilidades de éxito de los individuos miembros de la clase”. En cuarto lugar, “la acción positiva debe estar racionalmente calculada para que las posibilidades de las víctimas sea las que tendrían si no hubiera tenido lugar la privación. Asimismo, “ningún remedio alternativo” debe ofrecer una eficacia análoga para alcanzar la igualación perseguida “en el mismo periodo en que lo ha hecho el programa de la acción afirmativa”. Por último, “la carga de un miembro inocente de un grupo no preferido debe limitarse a una disminución en las posibilidades de obtener un bien, objeto del plan de la acción positiva, o un aumento en las posibilidades de perder un bien en épocas de contracción económica”, una vez probado que el incremento o descenso en dichas posibilidades “está racionalmente calculado para poner a los individuos que no serán elegidos o tendrán menos oportunidades de serlo en una posición que no es peor respecto a aquélla que él o ella tendría de no haberse producido la privación” (Rosenfeld, 1991: 332- 333).

## Bibliografía

- ARISTÓTELES (2007), “Ética Nicomáquea”, en ARISTÓTELES, *Ética*, Editorial Gredos, Barcelona.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (1997), *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP/Civitas, Madrid.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2002), “Igualdad y ‘Discriminación Positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en GARCÍA INDA, A. y LOMBARDO, E. (coords.), *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Huesca.
- MARTÍN VIDA, M.A (2003), *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid.
- MILL, J.S. (1998), “Utilitarianism”, en MILL, J.S., *On Liberty and other essays*, Oxford University Press, Oxford.
- NAGEL, Th. (2003), “Rawls and Affirmative Action”, *The Journal of Blacks in Higher Education*, Núm. 39, pp. 82-84.
- OSBORNE, R. (1997), “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers*, Núm. 53, pp. 65-76.
- PETERS, A. (1999), *Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, European Community and International Law*, Kluwer Law, Cornwall.
- RAWLS, J. (2006), *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RHODE, D. (1991), *Justice and Gender. Sex discrimination and the law*, Harvard University Press, Cambridge.
- RODRÍGUEZ, M.V. (1999), “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en FACIO, A. y FRIES, L. (eds.), *Género y Derecho*, LOM/ La Morada, Santiago de Chile.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (2004), “El igualitarismo radical de John Rawls”, *Isegoría*, Núm. 31, pp. 95-114.
- ROSENFELD, M. (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven y Londres.

## Corrupción urbanística

Fernando Jiménez

Universidad de Murcia

[fjimesan@um.es](mailto:fjimesan@um.es)

### Resumen

La política urbanística constituye una fuente de corrupción en muchos países. En este texto se define en qué consiste la corrupción asociada al urbanismo y se analiza por qué la actividad urbanística ha dado lugar con tanta frecuencia a problemas de corrupción, prestando una atención especial al caso español donde este tipo de corrupción ha tenido una gran incidencia durante los años del boom inmobiliario (1995-2007).

217

### Palabras clave

Corrupción, mecanismos de control, incentivos, urbanismo, relaciones intergubernamentales.

## Urban corruption

### Abstract

Urban planning has often been an important source of corruption in many countries. This contribution defines urban planning corruption and analyses why town-planning has produced so much corruption, paying special attention to the Spanish case where this kind of corruption has been very widespread during the years of the building boom (1995-2007).

### Keywords

Corruption, accountability devices, incentives, urban planning, intergovernmental relations.

La corrupción consiste siempre en el uso abusivo que un agente hace del poder que le ha sido confiado con el objetivo de obtener algún tipo de ganancia fraudulenta directa o indirecta, material o no, para sí mismo o para alguien cercano. En el caso concreto de la actividad urbanística, se trataría de que las decisiones que toma la autoridad competente en este terreno (clasificación del suelo como apto o no apto para la urbanización y la edificación, calificación de los diferentes usos del suelo como residencial, industrial, agrícola, etc., permisos para la edificación, etc.) se pongan fundamentalmente al servicio de su exclusivo interés particular en lugar de al servicio del interés público de la comunidad en cuyo bienestar deben repercutir tales decisiones.

En la práctica a veces es difícil determinar que tal abuso de poder haya tenido lugar o que se haya percibido algún tipo de ganancia privada no permitida. La determinación de ambos aspectos depende de las normas o criterios de acuerdo a los cuales realicemos nuestro juicio y, por esa razón, más allá de aquellas normas jurídicas cuya aplicación al caso concreto encierre pocas dudas sobre su interpretación, no es infrecuente la contraposición de estándares normativos diferentes sobre la definición del abuso de poder o de los beneficios privados que son compatibles o incompatibles con el ejercicio de la posición de poder que se ocupa. En este sentido, resulta indudable que la aprobación de una determinada medida urbanística como contraprestación a un soborno (más aún si tal medida es además contraria al ordenamiento jurídico) es claramente un hecho de corrupción. Más debatible puede ser, sin embargo, el hecho de la aprobación de un planeamiento urbanístico que contemple un crecimiento desmesurado del suelo urbano del municipio cuando se hace con pleno respeto de las normas vigentes y sin que se reciba un beneficio particular claramente inapropiado a cambio.

En todos los países desarrollados la política urbanística limita y condiciona los derechos de los propietarios del suelo sobre los usos urbanísticos y la capacidad edificatoria que éstos puedan querer ejercer. La justificación es clara: el interés general de una ordenación territorial racional debe prevalecer sobre las preferencias particulares de los propietarios. La cuestión es que, dada la repercusión económica que tiene que el suelo esté destinado a un uso u otro o que se le asigne una mayor o menor edificabilidad, estas decisiones administrativas pueden llegar a tener un indudable efecto sobre el patrimonio de los propietarios del suelo. En la mayor parte de los países de nuestro entorno se han generado mecanismos para que las plusvalías económicas producidas por estas decisiones públicas sean capturadas en su mayor parte por las administraciones públicas que las generaron.

En este sentido, el urbanismo español presenta algunas peculiaridades que lo diferencian de estos otros países y que dan lugar a que los efectos económicos de las decisiones administrativas en España tengan un mayor impacto directo sobre el patrimonio de los propietarios del suelo (Fernández, 2011). Andrés Betancor y Javier García-Bellido (2001: 99) resumen perfectamente esta peculiaridad del urbanismo español y sus efectos económicos:

En España es el plan municipal el que *delimita* (crea, define, asigna o atribuye) el contenido económico-jurídico de la propiedad, pero no lo *limita* (reduce corta o coarta), según la función social que el plan le quiera atribuir o asignar en concreto. Por ende, no hay ningún *ius aedificandi* ni *urbificandi* o contenido urbanístico mínimo inherente a la propiedad fundiaria en general, ya que el suelo rural, que según el plan no sea edificable en absoluto ni urbanizable (bosques o parajes protegidos, parques regionales o naturales), no tiene derecho a reclamar indemnización alguna, porque ésta es la condición originaria de la propiedad: no poder ser edificada hasta que el plan se lo autorice expresamente. Pero en cuanto sea “clasificado” como urbanizable entra en otro estatuto completamente distinto,

patrimonializando gracias al plan unos *iurii urbificandi* y *aedificandi* (grandes o pequeños pero siempre fijados por éste). A cambio de conferirle un valor medio añadido, fijo y garantizado por la ley y el plan, la propiedad deberá ceder obligatoriamente el suelo que le señale el plan para destinarlo a toda suerte de usos de dominio público. El plan municipal de urbanismo de esta forma deviene un poderosísimo instrumento de reparto del poder económico del espacio.

A este importante aspecto de la política urbanística hay que añadir un segundo elemento para aprehender el importante potencial de corrupción que encierra. Se trata del inevitable margen de discrecionalidad que lleva aparejada. En gran medida tal margen de discrecionalidad obedece a una razón técnica: es materialmente imposible para el legislador la concreción de cuál es el estatuto jurídico (y por tanto la clasificación y el uso a que puede destinarse ese suelo) que corresponde a cada parcela del territorio. Esta es una labor que queda final e inevitablemente en manos de los planes de ordenación que llevan a cabo los ayuntamientos. De este modo, los ayuntamientos pueden optar por el modelo territorial que más les guste sin prácticamente más limitaciones que las que se derivan de la observancia del marco legal general (incluyendo las leyes sectoriales de protección ambiental), los procedimientos administrativos y los planeamientos de ordenación supramunicipal que puedan existir y que hasta hace pocos años eran inexistentes, salvo excepciones, en casi todas las comunidades autónomas.

Este amplísimo margen de discrecionalidad en el ámbito del planeamiento dificulta en gran medida la tarea de control que ejercen las comunidades autónomas a las que corresponde la aprobación definitiva de los planes municipales. Existe, además, una consolidada jurisprudencia basada en la garantía constitucional de la autonomía municipal que ha limitado el papel de las Comunidades Autónomas a un mero y estricto control de legalidad sin dejar ningún espacio para los criterios de oportunidad política o la razonabilidad de los planes.

A este amplio espacio de libertad en el ámbito del planeamiento se suman con frecuencia, como advierte Fernández Farreres (2007a: 15-16) otras fuentes de discrecionalidad. Es el caso de aquellos ayuntamientos que se reservan un mayor margen de decisión en la ejecución del plan por la vía de no precisar demasiado las determinaciones de éste. Tal indeterminación puede dar lugar en algunos casos a un cierto nivel de arbitrariedad en la concesión de las licencias urbanísticas, lo que contradice el carácter reglado que deberían tener. Además, la discrecionalidad municipal se potencia aún más a través de la flexibilidad existente para modificar los planes vigentes e introducir recalificaciones, que vienen precedidas de los correspondientes convenios urbanísticos firmados entre el municipio y determinados particulares (Burriel, 2008).

Dados estos amplios márgenes de discrecionalidad que caracterizan a la política urbanística y en especial, por las razones comentadas, a la española, no es de extrañar que los mecanismos de control y rendición de cuentas en este terreno funcionen con dificultad (Desdentado, 2009). Además, el grueso de las competencias urbanísticas radica en los ayuntamientos, unas administraciones en los que los problemas del control han alcanzado un nivel especialmente preocupante.

Hay numerosas razones que explican los problemas de control que se evidencian en distintos planos: el administrativo, el político, el social y el judicial. La consagración del principio de la autonomía municipal ha dado lugar en general a la desaparición de los criterios de oportunidad política en los mecanismos de control de las demás administraciones públicas sobre los municipios y a su sustitución por meros controles de legalidad. Esto ha llevado consigo en particular la desaparición

de los poderes de tutela y el “achique de espacios” en la importante labor de control que tradicionalmente desempeñaban los funcionarios locales de habilitación nacional (FHN) como secretarios e interventores. Aunque en muchos casos, los informes técnicos de estos funcionarios siguen siendo preceptivos para un buen número de decisiones en materia urbanística, el hecho es que la relevancia de estos controles ha disminuido notablemente.

Un aspecto más que pone en cuestión el buen funcionamiento de los controles administrativos tiene que ver con el escaso ejercicio por parte de la mayoría de los municipios de sus obligaciones en el campo de la disciplina urbanística. Un buen número de ayuntamientos han sido bastante reacios a perseguir los incumplimientos de la normativa urbanística en sus términos municipales y, como mucho, sólo han actuado a instancia de parte cuando existía alguna denuncia de un particular. En este sentido, las demoliciones de obras ilegales han sido prácticamente inexistentes y se han sustituido por multas de cuantía reducida cuyo pago daba lugar a una “legalización” de facto. Es más, ha sido bastante habitual en muchos municipios la introducción de modificaciones del planeamiento para “permitir” a posteriori actuaciones urbanísticas cuyas licencias eran anuladas por algún tribunal precisamente por no ajustarse al plan vigente. Además, los gobiernos autonómicos en general han renunciado en estos años a sus competencias de sustitución de los ayuntamientos que no han ejercido sus obligaciones de disciplina urbanística, un hecho que ha contribuido decisivamente al escaso cumplimiento del planeamiento urbanístico en un gran número de municipios.

Por lo que respecta al plano del control político de las decisiones urbanísticas, éste ha sido también bastante deficiente en muchos municipios pese a que la aprobación de los planes es una tarea del Pleno municipal. Como ha resumido José Manuel Urquiza (2005: 100-101), el control que pueden llevar a cabo los concejales de la oposición se muestra “casi siempre” muy ineficaz por las siguientes razones: a) es una labor que exige dedicación, trabajo y esfuerzo y no todos los corporativos están dispuestos a ello; b) les suele faltar instrucción sobre sus derechos y deberes como corporativos y carecen de formación acerca del funcionamiento de la organización municipal; c) los servicios jurídicos o técnicos del Ayuntamiento “no se esmeran” en asesorar a la oposición; d) el alcalde les niega con mucha frecuencia el derecho a la información administrativa municipal (conculcando su derecho fundamental a la participación política); y e) es frecuente la carencia de medios económicos con los que sufragar las acciones judiciales que se puedan precisar. Además, el frecuente recurso a los convenios urbanísticos con promotores inmobiliarios celebrados directamente por el alcalde sin necesidad de autorización por el Pleno dificultó aún más esta labor de control de la oposición política.

220

En cuanto al plano social del control, hay que destacar el activo papel de denuncia de algunos colectivos como organizaciones ecologistas, algunas asociaciones de vecinos y grupos de afectados (que han sido particularmente importantes en la Comunidad Valenciana al dirigir miles de denuncias al Parlamento Europeo), pero se ha tratado de un activismo que contrastaba con la tolerancia, la aceptación pasiva e, incluso, el respaldo hacia las actividades irregulares o claramente ilegales de un urbanismo depredador y corrupto por parte de amplios sectores sociales.

El panorama de los problemas del control de la actividad urbanística se completa con los propios de la función jurisdiccional. La desaparición de los controles administrativos de oportunidad política y su reducción a meros controles

de legalidad ha llevado en la práctica a que el único control institucional al que se han visto sometidos los ayuntamientos haya sido al que ejercen los tribunales de lo contencioso-administrativo y de lo penal. Sin embargo, ambas instancias de control judicial han evidenciado importantes problemas en la tarea de supervisión de la actividad urbanística.

En el caso de la jurisdicción contenciosa, su extremada lentitud la convierte en un mecanismo de control altamente ineficaz. Habitualmente, cuando llegaba la sentencia condenatoria que anulaba una determinada licencia urbanística ilegal siete u ocho años después de que fuera otorgada, el mal generado era difícilmente reversible: la edificación ya estaba hecha, las viviendas estaban ocupadas y la demolición de la obra ilegal podía causar un perjuicio mayor que la inejecución de la sentencia. La única posibilidad de evitar estos efectos indeseables radica en el recurso a las medidas cautelares de suspensión de los actos administrativos denunciados. No obstante, como ha señalado Germán Fernández Farreres (2007b), esta “justicia cautelar” puede generar problemas no menos graves. En principio, la justicia administrativa se basa en la presunción de legalidad de los actos administrativos, por lo que los jueces suelen tender a una aplicación muy restrictiva de la suspensión cautelar de los actos de las Administraciones públicas. Un mayor grado de aplicación de estas medidas podría conducir a un activismo judicial que no parece la solución más razonable para estos problemas de control de los ayuntamientos. Si a esta exasperante lentitud de la justicia administrativa sumamos el amplio margen de discrecionalidad con que cuentan los municipios en sus políticas urbanísticas al que ya nos hemos referido, el resultado es la difusión de un clima de impunidad en la comisión de irregularidades y también de ilegalidades en materia de urbanismo. Este clima de impunidad ha generado a su vez una tendencia a que cada vez más actores cometan nuevas ilegalidades, lo que sumado a una mayor visibilidad de la inefficiencia de la jurisdicción contenciosa ante el aumento de la litigiosidad, han producido una mayor sensación de impunidad que da lugar al crecimiento de los comportamientos ilegales y así *ad infinitum*.

La justicia penal también ha presentado evidentes limitaciones como mecanismo de control en este campo. Como principio general, el derecho penal sólo es efectivo para perseguir conductas que se desvían claramente de las normas sociales aceptadas. Sin embargo, funciona con bastantes más problemas cuando las conductas que se persiguen son toleradas por un amplio sector de la sociedad. Esta parece ser la situación en algunas zonas de España en las que la tensión entre desarrollo económico y protección ambiental se resuelve claramente a favor del primer término.

Además, la justicia penal en el ámbito de los delitos relacionados con el urbanismo ha presentado en estos años algunos otros problemas de naturaleza más técnica. Me refiero sobre todo a la cuestión prejudicial administrativa<sup>1</sup>. Dado que en muchas ocasiones la existencia del delito dependía de la previa existencia de un ilícito administrativo, el juez penal, a pesar del principio jurídico que establece su primacía, ha tendido a esperar a la resolución del contencioso para decidir sobre la posible comisión de algún delito. Ante la complejidad técnica de los hechos relacionados con el urbanismo, el juez penal se ha inhibido a la espera de la resolución contenciosa, lo que llevaba aparejado en muchos casos un grave riesgo de prescripción de los delitos y, por tanto, una nueva fuente para la impunidad. La posibilidad de creación desde 2006 de puestos de fiscales delegados de la Fiscalía

<sup>1</sup> Obviamente, también en este caso del urbanismo es fácilmente observable la dificultad procesal que trae consigo la prueba de la celebración de un cohecho en sede judicial, pero éste es un problema general de este delito. Véase Cerina (2010).

anticorrupción en los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas, así como la creación en ese mismo año de la Fiscalía especial de medio ambiente y urbanismo con sedes en los TSJ y en las Audiencias Provinciales, ha mejorado notablemente la eficiencia de esta instancia de control, aunque estos fiscales siguen reflejando en sus memorias la precariedad de medios humanos y materiales con los llevan a cabo su trabajo y la dificultad que la existencia de un proceso penal extremadamente garantista supone para la acumulación de pruebas con las que defender una acusación ante un tribunal<sup>2</sup>.

Los incentivos para la corrupción han sido pues muy considerables en este terreno en nuestro país. Hasta el punto de que un buen número de los protagonistas de estas políticas no se han contentado solamente con aprovechar de manera dudosa o polémica los márgenes de discrecionalidad propios de las decisiones administrativas sobre el urbanismo, sino que han incurrido directamente en un amplio abanico de ilegalidades (Iglesias, 2007: 43-91). Las desastrosas consecuencias económicas, ambientales, sociales y políticas de este fenómeno han quedado patentes finalmente con la grave crisis iniciada a finales de 2007 (Romero *et al.*, 2012).

## Bibliografía

- BETANCOR, A. y GARCÍA-BELLIDO, J. (2001), "Síntesis general de los estudios comparados de las legislaciones urbanísticas en algunos países occidentales", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, Vol. XXXIII, Núm. 127, pp. 87-144.
- BURRIEL, E. (2008), "La 'década prodigiosa' del urbanismo español (1997-2006)", en *10<sup>th</sup> International Geocriticism Symposium. Ten years of Change in the World, Geography and the Social Sciences, 1999-2008*, University of Barcelona, Barcelona.
- CERINA, G. (2010), *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI: El papel del derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.
- CORRAL ESCARIZ, V. (2014), *La lucha contra la corrupción urbanística en España*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- DESDENTADO, E. (2009), "El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?", en GÓMEZ-FERRER, R., DESDENTADO, E., ORTEGA, L. y CASTILLO, F.A. (eds.), *Control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- FERNÁNDEZ, G.R. (2011), *Para comprender el urbanismo español. (De una vez por todas)*. Iustel, Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007a), "Autonomía municipal y urbanismo". Conferencia pronunciada en el Curso *Territorio, urbanismo y corrupción* de la UNIA (Málaga, 9-12 de julio de 2007). Mimeo.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007b), "Las dificultades de la jurisdicción contencioso-administrativa para el control de la actividad urbanística". Conferencia pronunciada en el Curso *Algunas claves de la corrupción urbanística en España* de la Fundación César Manrique (Lanzarote, 26-28 de septiembre de 2007). Mimeo.
- IGLESIAS, F. (ed.) (2007), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas, Madrid.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2009), "Building Boom and Political Corruption in Spain", *South European Society and Politics*, Vol. 14, Núm. 3, pp. 255-272.
- ROMERO, J., JIMÉNEZ, F. y VILLORIA, M. (2012), "(Un)sustainable territories. Causes of the speculative bubble in Spain (1996-2010) and its territorial,

<sup>2</sup> Un interesante análisis de estos problemas en Corral Escariz (2014).

environmental and socio-political consequences", *Environment and Planning C. Government & Policy*, Núm. 30, pp. 467-486.  
URQUIZA, J.M. (2005), *Corrupción municipal*, Almuzara, Córdoba.

V  
O  
C  
E  
S



## Guerra justa

Edgardo Rodríguez Gómez

Universidad de Coimbra

[edgardorodriguezgomez@ces.uc.pt](mailto:edgardorodriguezgomez@ces.uc.pt)

### Resumen

La guerra justa tiene una larga trayectoria en la historia del pensamiento ético, jurídico y político occidental. En los inicios del siglo XXI su actualidad en el escenario internacional ha sido proclamada por Barack Obama al recibir el premio Nobel de la Paz en 2009. Este artículo desarrolla el contenido de sus criterios formales, sustanciales y prudenciales para afrontar los desafíos de nuevos conflictos armados como las “guerras de cuarta generación”.

### Palabras clave

Guerra justa, intervención bética humanitaria, causa justa, legítima defensa, Michael Walzer.

224

## Just War

### Abstract

Just War has a long tradition in the history of Western ethics, legal and political thought. In 2009, during the award ceremony of Nobel Prize, Barack Obama has admitted its current importance in foreign affairs at the beginning of the 21<sup>st</sup> Century. This article develops some formal, substantial and prudential criteria to face the challenges of new forms of warfare such as “wars of fourth generation”.

### Keywords

Just war, armed humanitarian intervention, just cause, legitimate self-defense, Michael Walzer.

## 1. Aproximación conceptual y actualidad

Existe plena conciencia en el siglo XXI que la guerra, entendida en líneas generales como un conflicto armado a gran escala que opone al menos dos colectividades (Tertrais, 2010: 7), ha acompañado a la especie humana desde sus orígenes como un quehacer viable para resolver diferencias. La posibilidad de emprender acciones bélicas se ha instalado en el escenario de las opciones humanas lo que se esclarece, además, con información de fuentes históricas y antropológicas que revelan que “todas las culturas desarrollan su propia manera de hacer la guerra” (Parker, 2010: 7).

La historia revela que hacia el último tercio del siglo IV a.c., el estratega oriental Sunzi ofrecía una perspectiva del proceder bélico que sus traductores occidentales entendieron como un *arte* al partir de una premisa prudencial: se trata de “un asunto sucio y todo hombre sensato debe hacer lo posible para evitarla” (Levi, 2012: 10).

En Grecia, cuna de Occidente, casi dos siglos antes -también en la era axial- Heráclito planteaba por el contrario que la guerra es padre y rey de todas las cosas, alabándola porque “sanciona las diferencias de valor, estableciendo quién es libre y quién esclavo, quién permanece hombre ordinario y quién se eleva a la existencia divina” (Mondolfo, 2004: 167).

La investigación histórica también revela que a lo largo de los últimos tres mil años, el desarrollo de la guerra en Occidente se ha distinguido por cinco rasgos: a) recurso a la tecnología superior para compensar su inferioridad en recursos humanos, b) predominio de la técnica y la disciplina, c) adaptación en continuidad con la tradición militar, d) dinámica de desafío y respuesta y e) tradición militar dominante (Parker, 2010: 7-17).

Ahora bien, pese a su marcado signo “agresivo”, ya los propios griegos, que practicaron y padecieron la violencia dejando constancia escrita de sus gestas, supieron también dejar planteado el juzgamiento de conductas en la guerra que continúan siendo condonables a ojos actuales (Walzer, 2013), como ocurre cuando se revisa el célebre diálogo entre melienses y atenienses relatado por Tucídides (2008: 529-541).

Jacqueline de Romilly (2010: 16) ha recordado, por su parte, que los griegos “ejercieron la violencia, pero la denunciaron con más fuerza que nadie” y que la idea de justicia, punto de partida de toda civilización, es abordada innumerables veces por sus más importantes autores. Más aun, la introducción de la idea de justicia –y del derecho- para el tratamiento de la guerra constituyó un desafío práctico:

Disertaron mucho acerca de las leyes no escritas que debían observarse en el ejercicio de la guerra e implicaban un cierto respeto por las personas, en especial las personas a las que podían proteger los dioses. También pretendieron seguir, en los conflictos entre ciudades, estos mismos principios de justicia que les permitían evitar la violencia. El arbitraje entre ciudades fue una realidad, y encontramos en las obras históricas –especialmente en Tucídides- un cierto tipo de proceso entre dos ciudades, en el que se apelaba a una tercera instancia que zanjaría el litigio (Romilly, 2010: 20).

Este afán griego de justicia en la guerra, sin embargo, no llegó a configurar aún una doctrina o teoría como la que fue elaborada posteriormente en el mundo occidental acerca de lo que se entiende hasta hoy por guerra justa. En cierto sentido, aquellas previsiones de la Antigüedad podrían hallar cierta correspondencia

con la descripción general del *bellum justum* que esbozó N. Bobbio (1997: 33) al señalar: “El procedimiento lógico que ha empleado esta teoría [de la guerra justa] es la distinción entre dos clases de conflictos: puesto que no todas las guerras son iguales, no todas serán igualmente condenables; hay guerras injustas, y por tanto condenables, y guerras justas, y por tanto aceptables. Son justas, y consecuentemente lícitas, las guerras que se hacen en legítima defensa; injustas, y en consecuencia ilícitas, las guerras de agresión (y de conquista)”.

No obstante, ya cuando N. Bobbio hacía tal distinción la doctrina clásica y las teorías recientes habían estimado que la legítima defensa es una condición necesaria, pero insuficiente, para justificar la decisión de dar el incierto paso que desencadenará una contienda bélica, añadiéndose además que su enjuiciamiento no puede quedar limitado al *jus ad bellum*, como se verá más adelante.

En cualquier caso, la propuesta de definición restringida de N. Bobbio exige una lectura favorable que concuerda con su laudable afán, planteado en 1989, por proscribir un desenlace bélico cuyo resultado representaría el virtual fin de la humanidad: la guerra atómica que “anula toda distinción entre guerras justas e injustas, porque hace imposible uno de los dos términos: la guerra en legítima defensa. La guerra atómica no admite más que un tipo de guerra: la del primer atacante.”

Se trata, en definitiva, de una toma de postura convencida que contrastaba con la ambigua posición de la mayoría de jueces del Tribunal Internacional de Justicia que adoptó el 8 de julio de 1996 la Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Ésta terminó favoreciendo a las potencias atómicas al reconocer los miembros del órgano jurisdiccional que no podían llegar a una conclusión definitiva acerca de la licitud o ilicitud de la amenaza con o el empleo de dichas armas en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que esté en juego la supervivencia de un Estado.

226

Más de un cuarto de siglo después del clamor del recordado teórico político italiano, la amenaza nuclear ha perdido su protagonismo en portadas y análisis políticos de lo cotidiano. Al mismo tiempo, luego de las experiencias del conflicto bélico en los Balcanes y la intervención no autorizada de la OTAN en Kosovo, así como la guerra contra el terrorismo en Irak y Afganistán a resultas del atentado del 11-S y, en años más recientes, la intervención autorizada en Libia o los amagos para un despliegue militar sobre Siria, es indiscutible que el discurso de la guerra justa ha resultado reforzado con la expresa adscripción a éste de un premio Nobel de la Paz.

Barack Obama, un “hombre de ideas” que para el historiador J.T. Kloppenberg (2010: xv-xvi) estaría a la altura de presidentes estadounidenses como John Adams, Thomas Jefferson, James Madison o Abraham Lincoln; líder carismático y admirador confeso del teólogo cristiano R. Neibuhr (Brooks, 2007), de quien recoge no pocas aportaciones en su discurso de aceptación del premio Nobel de la Paz, reconocerá ante la opinión pública mundial en un auditorio de alcance global que hoy por hoy “las naciones, actuando individual o conjuntamente, concluirán que el uso de la fuerza no sólo es necesario sino también justificado moralmente”, ofreciendo su propia versión de aquellos criterios que permiten establecer cuándo una guerra es justa: si se libra como último recurso o en defensa propia; si la fuerza utilizada es proporcional y, en la medida posible, si no se somete a civiles a la violencia (Obama, 2009).

Ciertamente, la actualidad de la guerra justa durante el siglo XXI viene planteándose en un momento histórico particular en que resultan menos frecuentes las conflagraciones interestatales y se reduce notablemente el número de bajas militares. Ello no obstante, la utilidad de la doctrina se hace manifiesta como posibilidad de respuesta a tres escenarios vigentes: 1) los estados han perdido el monopolio de la conducción de las acciones bélicas para dar mayor protagonismo a combatientes irregulares en contextos de guerras asimétricas; 2) la guerra al devenir un asunto en manos de civiles más que de soldados profesionales ha dado también lugar a que las víctimas civiles se hayan incrementado; y 3) pese al tratamiento jurídico internacional que prohíbe el recurso al uso de la fuerza, las “guerras de cuarta generación”, especialmente asimétricas, no estatales o de baja intensidad, han desafiado las previsiones de los organismos internacionales posibilitando lagunas e incongruencias que hacen ineficaces sus normas convencionales (Lefebvre, 2013).

Sólo bajo este panorama puede hallarse alguna explicación al hecho que el *Commander in Chief* de la mayor potencia militar del orbe, asumiendo un compromiso autoimpuesto de proveer seguridad “en un mundo en que las amenazas son más difusas y las misiones más complejas”, se replantee su tarea afirmando “que el propósito de la acción militar se extiende más allá de la defensa propia o la defensa de una nación contra un agresor” y que debería ser tarea común enfrentar “difíciles interrogantes sobre cómo evitar la matanza de civiles por su propio gobierno o detener una guerra civil que puede sumir a toda una región en violencia y sufrimiento” (Obama, 2009).

Se da cabida oficial, de este modo, a un proceder bélico cuyo desarrollo ha resituado en la agenda jurídica, política y ética, no sólo occidental, la doctrina de la guerra justa en su variante de intervención bélica humanitaria que hace referencia a argumentos morales y prudenciales: pues “la inacción carcome nuestra conciencia y puede resultar en una intervención posterior más costosa” (Obama, 2009). En cualquier caso, el recurso a tales argumentos ha sido una constante clave en la evolución histórica del concepto.

## 2. Evolución histórica

La tradición de la guerra justa tiene larga data. La justificación del recurso a las armas para la legítima defensa puede explorarse en las obras políticas de Platón y Aristóteles en Grecia, o Cicerón en Roma. Para A.J. Bellamy (2010: 47-48), el gran orador romano esbozaría hace dos milenios algunos de los elementos más característicos del concepto (causa justa y autoridad legítima), que siglos más tarde serían recogidos en la elaboración de una doctrina cristiana del *bellum justum*. Esta doctrina desarrollada a partir de ciertos rasgos del pensamiento cristiano-medieval hallaba sus fuentes en el pensamiento del Obispo Ambrosio de Milán, en el siglo IV, quien sostenía que la defensa del Imperio Romano frente a los bárbaros y la defensa de la fe constituyan ambas exigencias indisociables (Dion, 2003: 268).

Ambrosio, que convirtió a Agustín de Hipona a la fe católica, influyó en su pensamiento. Agustín (1989: 611) plantearía una definición que constituiría una de las más destacadas referencias conceptuales hasta la actualidad:

Suelen llamarse guerras justas las que vengan injurias, en el caso de que una nación o una ciudad, que hay que atacar en la guerra, ha descuidado vengar lo que los suyos han hecho indebidamente o devolver lo que ha sido arrebatado por medio de injurias.

Propuso, además, criterios para justificar el actuar bélico asumiendo que éste no debía desencadenarse si no es con la única finalidad de restaurar la paz (Agustín, 2005: 357); sin olvidar que produce grandes desgracias y en esa medida requiere ser admitido como un mal menor.

Tomás de Aquino, en el siglo XIII, retomó las ideas del padre de la iglesia durante la Edad Media, citándole expresamente al tratar el tema, que resultó actualizado a la luz del pensamiento aristotélico. Abordó, así, sistemáticamente los criterios que debe tener en cuenta cualquiera que se halle en posición de desencadenar la conflagración bélica: la finalidad que con ella se persigue, la causa que la provoca, la intención de quien la lleva a cabo y la legitimidad del que la decide:

Tres cosas se requieren para que sea justa una guerra. Primera: la autoridad del príncipe bajo cuyo mandato se hace la guerra. No incumbe a la persona particular declarar la guerra, [...]. Se requiere en segundo lugar causa justa. Es decir que quienes son atacados lo merezcan por alguna causa. [...]. Se requiere finalmente que sea recta la intención de los contendientes; es decir una intención encaminada a promover el bien o a evitar el mal (Tomás de Aquino, 1990: 337-338).

Durante el tránsito a la modernidad, en el siglo XVI, mientras Maquiavelo (1971: I) ponía los cimientos de la elaboración de una teoría del Estado moderno donde habían de desempeñar un rol protagónico los ejércitos nacionales y la preparación para la guerra, bajo las claves de la reflexión técnico-política realista propia de la razón de Estado, los teólogos-juristas españoles de la Segunda escolástica -especialmente Francisco de Vitoria- se inspirarían en el tratamiento efectuado por el Aquinate para desarrollar aspectos inexplorados en la doctrina tomista de cara a un nuevo escenario en las relaciones internacionales de la época producto del descubrimiento y la conquista de América.

228

Este acontecimiento mayúsculo obligó a los intelectuales “a formular principios que fueran comunes para los europeos y los indios” (Fernández Santamaría, 1998: 70). Vitoria (2011: 97) los buscaría en la ley natural que constituye la base de los orígenes del derecho internacional a partir de la sociabilidad y la comunicación natural entre los hombres.

Los escolásticos españoles a lo largo de los siglos XVI y XVII llevarán a su mayor apogeo la doctrina del *bellum justum*. Vitoria (2011: 124), dando continuidad a la línea doctrinal de sus predecesores, admitirá que la república –a través del principio– tiene autoridad “no sólo para defenderse, sino también para vengar las injurias recibidas por ella y los suyos, y para perseguirlas después del momento de inferidas”; no obstante, innovará asumiendo la posibilidad de una intervención por razón de humanidad (Pérez Luño, 2001: 82) fundada en la tiranía de los señores de los “bárbaros” o el carácter inhumano de sus leyes, atendiendo a que:

... Todas aquellas cosas que son necesarias para el gobierno y la conservación del mundo, pertenecen al derecho natural. Y no se requiere otra cosa para probarlo que el considerar que la república tiene, por derecho natural, autoridad para imponer suplicios y penas a los ciudadanos que le sean perniciosos. Y, si la república puede hacer esto con sus súbditos, no hay duda que el orbe podrá también hacerlo con los hombres perniciosos y malvados, y esto ha de ejecutarlo por medio de los príncipes (Vitoria, 2011: 131).

De las reflexiones del dominico y del jesuita Francisco Suárez surgirán también las pistas para la posterior elaboración de argumentos que llevarán al abandono de la doctrina en el ámbito jurídico cuando el primero plantee la

inexistencia de inconvenientes para afirmar la posibilidad de guerras justas para ambas partes ante supuestos de ignorancia invencible (Vitoria, 2011: 103); mientras que Suárez (1954: 167) facilitará la profundización del cuestionamiento de la justa causa al señalar que ésta no admite certeza, sino supone un contenido de probabilidad. Para éste autor, con razón, la guerra no permite determinar lo que es justo, pero requiere de la justicia para ser iniciada. Ante tal eventualidad sugiere que “el rey debe portarse como un justo juez; y entonces, si la opinión que le es favorable la encuentra más probable, puede ya con justicia seguir su derecho.”

También en el siglo XVII, Grocio, quien pese a su fe protestante recogió los aportes de los autores españoles (Hinojosa y Návulos, 1929: 220-236), retomó la distinción entre guerra justa e injusta en su obra maestra *De iure belli ac pacis*. Para el jurista holandés, es a partir del derecho natural que se deben juzgar los casos de injusticia que la guerra justa debe ayudar a reparar. Un derecho natural que, no obstante, abría sus cauces a la secularización con el desarrollo del jusnaturalismo racionalista o moderno. Hasta entonces, la doctrina de la guerra justa reflejaba la perspectiva clásica del catolicismo concentrada en la necesidad de que la política sirviese a la moral religiosa; en tal sentido, se procuraba el tratamiento de la guerra como una manifestación de la política del príncipe cristiano quien debía sujetarse a la moral esbozada por los teólogos-juristas (Falvey, 2004: 65-91).

Para los jusnaturalistas modernos, desde Grocio, el “derecho de guerra” está incluido en los temas tratados por la Escuela de derecho natural y de gentes. De ese modo, la guerra justa se hace parte de una reflexión asentada en dimensiones jurídicas que a la vez reivindican innegables consideraciones morales. Los esfuerzos por afirmar la legitimidad de la guerra en un plano secular, pese a que sus fuentes conservasen aún esquemas teológicos, serán proseguidos durante el siglo XVIII. Para ello, el derecho de la guerra debía ser deducido de principios que, siendo manifestaciones de la razón, resultasen conformes al derecho natural secularizado.

Con posterioridad a Grocio, el tratamiento jurídico-moral de la guerra experimentará una evolución. La guerra legítima –“justa”- cede el paso al reforzamiento teórico de la guerra regular –“solemne” o “en forma”- que se instalará en las reflexiones de los tratadistas del derecho de gentes del siglo XVIII. De esa forma, el tratamiento formalizado del régimen jurídico de la guerra irá adquiriendo importancia significativa respecto del régimen de justificación basado en la causa material.

Aunque el tratamiento de la “justa causa” pierde terreno en el conjunto de las doctrinas jurídicas sobre la guerra en el siglo XVIII, y éstas comienzan a dar más importancia a las reglas surgidas como consecuencia del poder discrecional e ilimitado de los Estados, fundado en su soberanía, los suizos Burlamaqui y Vattel desarrollan aún en la introducción de sus trabajos que inciden en la regulación de la guerra una aproximación a la justificación del hecho de la guerra desde el derecho natural. Ambos continúan, parcialmente, la tradición jusnaturalista que desde el siglo XVII se había impuesto con Pufendorf quien tras exigir una justa causa para el comienzo de la guerra admitía un derecho estatal ilimitado al emprenderla (Kolb, 2003: 16).

Los seguidores de Grocio en el siglo XVIII sostenían ya el “derecho de guerra” de los Estados soberanos y consideraban que las limitaciones a éste sólo serían admitidas atendiendo a criterios pragmáticos –prudenciales- o humanitarios. Burlamaqui (1820: 21) insistirá en este último criterio enunciando que “toda guerra que se emprenda en razón de un rechazo de aquello a lo que se está obligado conforme a las leyes de la humanidad, resulta una guerra injusta”. Por su parte,

Vattel (1836: 47), uno de los continuadores más consecuentes de la doctrina de Grocio, planteará un giro que conducirá al abandono del tratamiento jurídico de la guerra justa al señalar que:

... a cualquier Estado libre y soberano le pertenece juzgar en su conciencia sobre lo que exigen de él sus deberes, y lo que puede o no puede hacer con justicia. Si los demás quieren juzgarle, ofenden su libertad, le perjudican en sus derechos más preciosos; y además atribuyéndose cada uno la justicia de su parte, se apropiará todos los derechos de la guerra, defenderá que su enemigo no tiene ninguno [...].

La pérdida de peso del criterio de la justa causa se veía reflejado en su ineeficacia práctica para señalar de manera fehaciente al autor de la supuesta “injuria” que exigía una respuesta armada, pese a la previsión doctrinal de la guerra justa defensiva -y también ofensiva- fundadas no sólo en “razones justificativas” sino también en motivos de “utilidad y conveniencia”. Vattel (1758: 308) admitía incluso que en “situaciones particulares y susceptibles de cierta duda, se debía suponer que cada una de las partes podía tener algún derecho” cuando operaba el error o la ignorancia invencibles. Se daba así cabida a la posibilidad de someter las controversias internacionales al libre juego de los intereses estatales.

En este escenario, no es ya la legitimidad subjetiva para hacer la guerra lo que impulsa la reflexión de los jusnaturalistas del siglo XVIII sino la necesidad de establecer alguna base normativa que asegure el respeto de las personas y sus bienes durante el desarrollo del conflicto –*jus in bello*- (Kolb, 1997: 593) cuyo inicio era percibido como una posibilidad permanente.

Las innovaciones vattelianas añaden a la tradicional clasificación grociana de las “especies de guerra” -*formes de guerre*- una nueva institución del derecho de gentes a la que denomina “guerra en forma”, resultado de la necesidad de dar respuesta normativa al eventual decisionismo de los soberanos estatales. La “guerra en forma” que comprende las categorías de guerra declarada y guerra regulada asocia como inseparables los conceptos grocianos de “guerra imperfecta –informe- e ilegítima” y “guerra en forma y legítima”, siendo esta última, al estar fundada en una injuria y haber sido declarada, la que constituye un *justum bellum* perfecto (Vattel, 1824: 64).

230

El derecho natural y de gentes, que fue recogiendo la necesidad de reglas que ofrezcan criterios de certeza provenientes de los propios Estados como resultado del mayor peso doctrinal de la vertiente voluntarista de los soberanos, dará lugar a leyes de la guerra como parte de un derecho internacional que se decantó por un desarrollo enmarcado dentro de las premisas del positivismo jurídico que se consolidaría durante el siglo XIX. Para entonces, Kant (2010: 141-187), cambiando el punto de referencia concentrándose en la paz, había dejado planteado ya a finales del siglo XVIII las exigencias ético-políticas para procurar la “paz perpetua”: republicanismo, entendido como lo opuesto al despotismo, y una federación de estados libres.

En los inicios del siglo XX, el desarrollo jurídico del Derecho internacional proseguiría separado del ético-político, y aunque Hans Kelsen, el más destacado exponente del positivismo continental, llegaría en un primer momento de su producción intelectual a defender el carácter jurídico de la guerra justa (Kunz, 1951: 529), tras revisar más tarde sus ideas, en 1945, cuestionaría su operatividad en el marco estricto del Derecho.

Con el desarrollo del derecho de la guerra y el derecho internacional humanitario, a lo largo del siglo pasado, se irán consagrando jurídicamente ciertos

contenidos fundamentales de la doctrina clásica del *justum bellum* (por ejemplo: el uso de la fuerza defensiva por un estado en caso de agresión, la regulación del tratamiento de prisioneros de guerra o la interdicción de atacar a objetivos civiles).

Tras la guerra de Vietnam, especialmente desde la reflexión filosófica propiciada por la obra *Just and Unjust Wars* de Michael Walzer, el tratamiento de la guerra justa recupera su protagonismo intelectual. Superando el interés teológico que había primado hasta entonces en su estudio, la guerra justa inspirará novedosas teorías que irán recogiendo las aportaciones de la doctrina clásica y también cuestionando algunas de sus premisas más significativas.

En ese sentido, el diálogo filosófico que propicia Walzer con los autores clásicos renueva la necesidad de recurrir a ellos sin ajustar sus planteamientos a ningún marco conceptual jusnaturalista rígido, obteniendo conclusiones de su lectura que recobran el interés por aquellos “motivos de utilidad y conveniencia” –tan necesarios en la doctrina vatteliana- muy propios del recurso a la prudencia política, generando nuevos debates no exentos de amplia y enriquecedora polémica.

Así ocurre, por ejemplo, con la apelación al principio del doble efecto planteado por Tomás de Aquino (1990: 536): “Nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno sólo es intencionado y el otro no”, que permitirá a Walzer (2010: 380) incidir en aspectos referidos al criterio de la recta intención que exige la guerra justa en situaciones donde las víctimas de los ataques son civiles no involucrados en acciones armadas:

No creo que la doctrina del ‘doble efecto’, tal como es habitualmente entendida, describa adecuadamente lo que aquí se exige. No basta con que el primer efecto –ocasionar daños a los objetivos militares- sea intencionado y el segundo –el daño que se ocasiona a la población civil- no lo sea. Ambos efectos precisan de dos intenciones: en primer lugar, que se causen daños, y, en segundo lugar, que se eviten daños. Lo que la justicia nos exige es que el ejército adopte positivamente medidas, que acepte riesgos para sus propios soldados, a fin de evitar daños para la población civil.

Argumentos morales, políticos y jurídicos deberán ponerse en juego hoy en día para poder establecer criterios de justificación de la guerra en las diferentes teorías que siguen elaborándose para limitar el fácil recurso a la violencia colectiva armada.

### **3. Criterios de justificación de la guerra**

En líneas generales, se recurre a criterios formales, materiales y de oportunidad y proporcionalidad –prudenciales- para determinar la justicia o injusticia de una guerra en la actualidad:

#### ***Autoridad legítima: criterio formal***

La respuesta a la cuestión: ¿quién puede emprender acciones armadas? se halla en las previsiones de la Carta de Naciones Unidas que consagra el principio de soberanía estatal y la prohibición a los estados de recurrir a la fuerza para resolver sus conflictos internacionales, considerando como únicas excepciones los casos de legítima defensa y el despliegue del sistema de seguridad colectiva que requiere la autorización unánime del Consejo de Seguridad de la ONU.

De ese modo, son los estados que sufren agresiones –de conformidad con la definición de la agresión prevista en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea

General de Naciones Unidas- y el Consejo de Seguridad, las únicas autoridades legítimas para emprender guerras lícitas según el Derecho internacional.

Los desafíos que se han planteado desde finales del siglo XX a esta regulación se han puesto de manifiesto a través de ciertos llamados a involucrar a otras fuentes de autoridad extrañas al Consejo de Seguridad que han avivado los riesgos que conlleva la prevención como elemento de la legítima defensa, la cual está estrechamente relacionada con el criterio de justa causa.

Así, el cuestionamiento al actuar del Consejo de Seguridad se ha visto reflejado en la práctica de ciertos estados: la mayoría de las intervenciones bélicas humanitarias de las grandes potencias durante la década del 90 no contaron con la autorización del órgano de Naciones Unidas cuyas decisiones suelen estar sometidas al veto de alguno de los estados que lo integran. La reciente experiencia de una posible intervención en Siria por los ataques del gobierno a su propia población civil con armas químicas ha puesto nuevamente el tema en agenda. Frente a esta realidad sólo se han avanzado propuestas para la modificación de su conformación y el procedimiento de toma de decisiones tras dos décadas de duras críticas (Jeangène: 2012: 304-319).

### ***Justa causa: criterio material objetivo***

Aproximarse a la “injuria” sufrida por un estado, como resultado principal de un ataque armado proveniente de otro, incluyéndose acciones armadas de ciudadanos de este último sin que el propio estado adopte medidas para perseguir tales actuaciones, parece un anacronismo en pleno siglo XXI si se atiende a que los conflictos armados interestatales en el mundo son virtualmente inexistentes, aunque no haya espacio asegurado globalmente para la paz (Núñez Villaverde, 2013).

232

No obstante, la legítima defensa estatal -individual y colectiva- sigue siendo por consenso la causa justa primordial consagrada jurídicamente en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, aunque sus alcances no hayan estado libres de ardua controversia. Puede traerse a colación una de las cuestiones más discutidas planteadas con la llegada del nuevo siglo: el desarrollo de argumentos a favor de la guerra preventiva tras los atentados del 11-S.

El proceder bélico estadounidense basado en el documento *The National Security Strategy of the United States* de 2002 ha planteado una nueva interpretación del derecho a la legítima defensa que admite la licitud de un proceder bélico anticipado a través de acciones consideradas “preemptive war” -que requieren la posibilidad de un ataque inminente- o “preventive war” -cuando el ataque se prevé en un futuro cercano- frente a amenazas emergentes antes que éstas resulten efectivamente peligrosas (Roberts, 2013: 69-70). Las consecuencias de este tratamiento resultan cruciales, y también polémicas, ante los nuevos escenarios de cyberguerras y el uso de aviones no tripulados destinados a eliminar supuestos milicianos de Al-Qaeda dispuestos a organizar atentados terroristas.

### ***Intención recta: criterio material subjetivo***

Promover el bien o evitar el mal era la previsión de Tomás de Aquino al formular este criterio. En su vertiente positiva conllevaría que la acción armada debe tener como finalidad la restauración de la paz, la provisión de asistencia, socorro y justicia e incluso la prevención o el cese de todo sufrimiento. En su vertiente negativa pretende, en cualquier caso, la ausencia de toda motivación egoísta

(Jeangène: 2012: 383). Sin embargo, la práctica de los estados desde sus orígenes no ha podido estar ajena al libre juego de intereses.

Es la aparentemente escasa coincidencia de la vertiente negativa de la intención recta con la realidad de la actuación de los estados lo que hace prescindible la guerra justa para buena parte de los autores realistas; habiéndose acentuado la crítica de sectores que perciben que las mayores potencias llegan a enmascarar sus intereses conduciendo intervenciones bélicas humanitarias (Fernández, 2001: 68-70). Es decir, ciertos estados emprenden una “guerra dirigida no solamente a defender intereses nacionales, sino también, librada como guerra por la humanidad cuya legitimidad superior admitiría transgredir las normas del derecho internacional positivo, el derecho entre los estados y el derecho internacional sancionado por Naciones Unidas” (Monod: 2013: 48).

Pese a los serios cuestionamientos que siempre han acompañado a este criterio (recordando también las advertencias de los clásicos acerca de la justicia para ambas partes contendientes), y siendo indudable el actuar interesado de los estados, no podría descartarse por completo la posibilidad del actuar altruista de los dirigentes estatales, cuyas decisiones son las que dan lugar a las intervenciones estatales individual o colectivamente (Jeangène: 2012: 384).

### ***Último recurso: criterio de oportunidad***

Recurrir a la guerra en última instancia mantiene una relación estrecha con el principio de oportunidad que debe guiar las decisiones políticas. Una decisión militar apresurada o tardía puede conllevar riesgos inmanejables no sólo para quien las adopta sino para la población del estado que se ve involucrado. Por ello, no puede desdeñarse la cuestión acerca de ¿cuál es el momento adecuado para que el recurso a la guerra esté justificado?

La Carta de Naciones Unidas ha priorizado la resolución pacífica de los conflictos entre estados estableciendo en su artículo 33 alternativas que excluyen el recurso a las armas: la negociación, investigación, mediación, conciliación; así como el arbitraje, arreglo judicial o el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos que estos elijan. Ante una inminente amenaza a la paz, su efectivo quebrantamiento o la ejecución de actos de agresión, el Consejo de Seguridad tiene la atribución de decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza, pudiendo instar a los estados a aplicarlas: interrupción total o parcial de relaciones económicas y de comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas. El recurso a la guerra preventiva suele echar por tierra estas previsiones.

Walzer ha planteado quizá el más serio cuestionamiento “epistemológico” (Jeangène: 2012: 428) a la exigencia doctrinal de la guerra como “último recurso”, que incluso Obama asumió en su discurso ya mencionado. Para el filósofo estadounidense, “la guerra no es el último recurso, pues su ‘ultimidad’ es un estado metafísico, que en la realidad jamás se alcanza: siempre es posible hacer algo más, o volverlo a hacer, antes de emprender la acción última” (Walzer, 2004: 164). Sin embargo, no deja de reconocerle utilidad: “La noción de ‘último recurso’ es una advertencia, pero que debe utilizarse con la prudencia necesaria: debemos esforzarnos por hallar alternativas antes de ‘soltar a los perros de la guerra’.”

## **Proporcionalidad**

El criterio de proporcionalidad se basa en una relación causal por la cual es necesario tener en consideración, antes de iniciar acciones armadas, que los daños que conllevará el recurso a la fuerza militar deben ser menores que aquellos ocasionados por la actuación que se busca remediar. Su alcance, por tanto, se extiende a los dos momentos en los cuales tradicionalmente se desarrollan las exigencias de la guerra justa: *jus ad bellum* y *jus in bello*.

Los daños a considerar en el primer momento incluyen la pérdida de vidas y heridos civiles, la destrucción de la propiedad privada y el medio ambiente; así como la afectación de la integridad territorial o la independencia política de otros estados. Como apunta acertadamente A.A. Haque (2013: 2), puede considerarse desproporcionado el recurso a la fuerza si conlleva la propagación de la pobreza, desnutrición o enfermedades entre los civiles.

En cuanto al segundo momento, debe realizarse una evaluación entre el resultado favorable que procura obtener un combatiente al llevar a cabo una operación armada frente a posibilidad de pérdida de vidas y heridos civiles, así como el daño a la propiedad privada y el medio ambiente que, aunque pudieron preverse, no han sido ocasionados intencionalmente a fin servirse de todo ello como fin o medio.

Dos cuestionamientos se han abierto paso frente a este criterio. Por un lado, Walzer (2004: 104) rescata la crítica general a la legitimidad de las guerras en las circunstancias actuales alegando que “sus costes siempre superarán a los beneficios”. Para el filósofo, de lo que se trata es de que quienes deciden acudir a la guerra se “preocupen” por tales costes y beneficios, no pudiendo “calcularlos, porque el valor de lo que está en juego no es commensurable, o al menos no puede expresarse ni compararse matemáticamente, tal como la idea de proporción sugiere.”

234

Por otro lado, respecto de las intervenciones bélicas humanitarias el criterio de proporcionalidad permite advertir que la distinción entre *jus ad bellum* y *jus in bello* es relativamente artificial (Jeangène: 2012: 463-468), ya que tratándose de una “misión” cuyo objetivo es la protección de víctimas de violaciones graves de derechos humanos -no de la legítima defensa que tiene por causa una agresión- se exige a los intervenientes humanitarios en razón del objetivo que los lleva a movilizarse responsabilidades mayores en lo que atañe al respeto del Derecho internacional humanitario, lo cual, en ocasiones, implicará mayores riesgos frente a quienes los obvian.

En cualquier caso, subsiste la necesidad de juzgar las decisiones que dan inicio, desarrollan y ponen fin a las contiendas armadas -más allá de las circunstancias que se plantean con las intervenciones bélicas humanitarias-, siendo útil distinguir los momentos de exigencias de los criterios de la guerra justa.

## **4. Momentos de aplicación de los criterios**

### ***Jus ad bellum***

Las previsiones de la guerra justa para este momento configuran el marco dentro del cual se adopta la decisión de hacer la guerra, de darle inicio; por ello, destacan los criterios formales, materiales y prudenciales ya tratados, aunque suele darse prioridad a los tres primeros: autoridad legítima, causa justa e intención recta.

Asimismo, si bien la doctrina clásica había estimado indispensable que debía darse la concurrencia de todos los criterios, las reflexiones que han priorizado la práctica bélica de la actualidad han puesto en evidencia complejas variantes que hacen posible la elaboración de juicios de legitimidad solventes, aunque no ajenos a la discrepancia, útiles para establecer limitaciones al inicio de las contiendas.

Junto a los criterios formales y sustanciales, no suele obviarse a los prudenciales como el de proporcionalidad de los fines -previsto ya por Vitoria-, así como el del último recurso en la medida en que, para salir del cuestionamiento epistemológico, “los actores evalúen con cuidado todas las estrategias que podrían llevar a los fines deseados y elijan solo la fuerza si parece ser la única estrategia viable para lograr esos fines” (Bellamy, 2010: 193-194).

### ***Jus in bello***

Durante este segundo momento, las previsiones de la guerra justa permitirán someter a juicio la conducción de la guerra. El criterio prudencial de proporcionalidad por el que “solo se pueden atacar objetivos militares cuando su valor militar es mayor que la destrucción previsible que resultará del ataque” (Bellamy, 2010: 195), requerirá de otros principios limitadores como el de no discriminación que exige la inmunidad absoluta –y no “en la medida posible” como sugiere Obama– de los civiles no comprometidos en acciones armadas. También acompañan a este criterio la exigencia del respeto de las normas del Derecho internacional humanitario y la abstención del uso de armamento prohibido por las normas internacionales.

### ***Jus post bellum***

235

La consideración de este último momento de aplicación de las pautas de la guerra justa fue surgiendo con la reflexión acerca de las consecuencias materiales y sociales de la intervención bélica humanitaria. Se ha ido manifestando, por ello, en una obligación de reconstruir el estado que ha sido el escenario de la conflagración, una vez concluidas las operaciones militares. Una lenta evolución va abriendo paso a la consagración de dicha obligación en relación con cualquier estado que participe en acciones bélicas.

En consecuencia, tras el desencadenamiento y la conducción de una guerra que deba considerarse justa se exigirá paulatinamente el establecimiento de una paz justa que favorezca la reconciliación (Walzer, 2004: 15) entre estados y pueblos involucrados en conflictos armados de carácter interno o internacional.

### **5. Conclusión**

Las teorías de la guerra justa plantean límites desde la ética, el derecho y la política para evitar la arbitrariedad en el desencadenamiento, la conducción y la culminación de los conflictos armados, hoy asimétricos e irregulares. No dejan por ello, desde marcos actuales de pensamiento, de recurrir al diálogo con su propia tradición milenaria y clásica que no ha perdido vigencia para muchos protagonistas de las nuevas formas de confrontación armada quienes, como ayer, son seres humanos que deciden responsablemente o no emprenderlas y enfrentarse en ellas.

Admitiendo el lado oscuro de una humanidad que no renuncia a autoinfligirse muerte, la guerra justa es un modesto intento histórico que, asumiendo la necesidad de procurar la sobrevivencia colectiva, plantea exigencias a la legítima defensa. Así, lo justo éticamente deberá concurrir con lo acordado jurídicamente y ser factible

políticamente. En suma, sin renunciar a la paz, el *justum bellum* fundamentalmente permite determinar que no todas las guerras son justas, propiciando la condena de aquellas injustas.

## Bibliografía

- AGUSTÍN (1989), *Cuestiones sobre el Heptateuco*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- AGUSTÍN (2005), *Ciudad de Dios*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- BELLAMY, A.J. (2010), *Guerras justas. De Cicerón a Iraq*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- BOBBIO, N. (1997), *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid.
- BROOKS, D. (2007), “Obama, Gospel and Verse”, *The New York Times*. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2007/04/26/opinion/26brooks.html>. Revisado el 1 de diciembre de 2013.
- BURLAMAQUI, J.J. (1820), *Principes de Droit de la Nature et des gens*, Tome V, Chez B. Warée, oncle, Librairie de la Cour Royale, au Palais de Justice, Paris.
- DION, M. (2003), “L'idéal de paix et le concept de guerre juste: entre la méta-norme, la dialectique et la recherche de solutions humanistes”, *La mondialisation entre illusion et utopie*, Dalloz, pp. 149-187.
- FALVEY, J. (2004), “Our Cause is Just: An analysis of Operation Iraqi Freedom under International Law and The Just War Doctrine”, *Ave Maria Law Review*, Nº 65, pp. 65-91.
- FERNÁNDEZ SANTAMARÍA, J.A. (1998), *El estado, la guerra y la paz. El pensamiento político español en el Renacimiento 1516 – 1559*. Akal, Madrid.
- FERNÁNDEZ, E. (2001), “Lealtad cosmopolita e intervenciones bélicas humanitarias”, *Revista de Occidente*, Núm. 238, pp. 62-70.
- HAQUE, A.A. (2013), “Proportionality in War”, *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell Publishing, entrada 399.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1929), “Los precursores españoles de Grocio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*. Centro de Estudios Históricos. Madrid. pp. 220 – 236.
- JEANGÈNE, J.B. (2012), *La guerre au nom de l'humanité*, PUF, París.
- KANT, I. (2010), “IV. Sobre la paz perpetua (1795)”, *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, Cátedra, Madrid.
- KLOPPENBERG, J.T. (2011), *Reading Obama: Dreams, Hope and the American Political Tradition*, Princeton University Press, New Jersey.
- KOLB, R. (1997), “Origen de la pareja terminológica ius ad bellum/ius in bello”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Nº 143. CICR. 1997, p. 589-598.
- KOLB, R. (2003), *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Éditions Bruylant. Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles.
- KUNZ, J.L. (1951), “Bellum Justum and Bellum Legale”, *American Society of International Law*, Vol. 45, Núm. 3, pp. 528-534.
- LEFEBVRE, M. (2013), “Leçons d'un siècle de guerres”, *Un siècle de guerre*, Le Monde Hors Série. Disponible en [http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/10/09/hors-serie-le-monde-un-siecle-de-guerre\\_3492540\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/10/09/hors-serie-le-monde-un-siecle-de-guerre_3492540_3232.html). Revisado el 1 de diciembre de 2013.
- LEVI, J. (2012) “Prólogo”, Sunzi, *El arte de la guerra*, Trotta, Madrid.
- MACHIAVELLI, N. (1971), *Dell'arte della guerra*, Eunadi, Florencia.
- MONDOLFO, R. (2004), *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación*, Siglo XXI, México.
- MONOD, J.C. (2013), “La formalisation classique du concept de guerre et sa déstabilisation contemporaine”, *La guerre. Une vérité humaine*, L'Harmattan, Paris.

- NÚÑEZ VILLAVERDE, J.A. (2013), "2014: ninguna guerra a gran escala, pero sí interminables conflictos", *El País*, 27 Dic 2013. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/27/actualidad/1388175980\\_368851.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/27/actualidad/1388175980_368851.html). Revisado el 1 de enero de 2013.
- OBAMA, B. (2009), *Declaraciones del Presidente al aceptar el premio Nobel de la Paz*. Disponible en: <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/declaraciones-desde-el-presidente-al-aceptar-el-premio-nobel-de-la-paz>. Revisado el 1 de diciembre de 2013.
- PARKER, G. (2010), *Historia de la guerra*, Akal, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, A. (2001), "Intervenciones por razones de humanidad. Una aproximación desde los clásicos españoles de la filosofía del derecho", *Revista de Occidente*, Núm. 238, pp. 81-90.
- ROMILLY, J. de (2010), *La Grecia antigua contra violencia*, Gredos, Madrid.
- ROBERTS, A. (2013), "Pourquoi et comment intervenir? *Jus ad bellum* et *Jus in bello* dans le nouveau contexte", en Andreani, G. y Hassner, P. (dir), *Justifier la guerre?*, Presses de Science Po, Paris.
- SUÁREZ, F. (1954), "De Triplice Virtute Théologica Fide, Spes et Charitate", en L. Pereña, *Teoría de la guerra en Francisco Suárez II*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid.
- TERTRAIS, B. (2010), *La guerre*, PUF, París.
- TOMAS DE AQUINO (1990), *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- TUCÍDIDES (2008), *Historia de la guerra del Peloponeso*, Alianza editorial, Madrid.
- VATTEL, E. de (1758), *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Tome 1, Londres.
- VATTEL, E. de (1824), *Derecho de gentes o principios de la Ley Natural aplicados a la conducta y negocios de las naciones y de los soberanos*. Tomo Cuarto. Casa de Masson y hijo, París.
- VATTEL, E. de (1836), *Derecho de gentes o principios de la Ley Natural aplicados a la conducta y negocios de las naciones y de los soberanos*. Tomo Cuarto. Casa de Lecointe, París.
- VITORIA, F. de (2011), *Relecciones sobre los indios y derecho de la Guerra*, Espasa Libros, Madrid.
- WALZER, M. (2004), *Reflexiones sobre la Guerra*, Paidós, Barcelona.
- WALZER, M. (2008), *Terrorismo y guerra justa*, Akal, Madrid.
- WALZER, M. (2010), *Pensar políticamente*, Paidós, Barcelona.
- WALZER, M. (2013), "Targeted killings and drone warfare", *Dissent. A Quarterly of Politics and Culture*, disponible en [http://www.dissentmagazine.org/online\\_articles/targeted-killing-and-drone-warfare](http://www.dissentmagazine.org/online_articles/targeted-killing-and-drone-warfare). Revisado el 1 de diciembre de 2013.



## Desobediencia civil

Luis Gómez Romero  
*University of Wollongong*  
[lgromero@uow.edu.au](mailto:lgromero@uow.edu.au)

### Resumen

Este artículo está dirigido a definir la locución ‘desobediencia civil’. Primeramente traza una breve historia de la desobediencia civil para, a continuación, desarrollar la problemática teórica que ésta entraña con relación al deber de obediencia al Derecho y la organización institucional del disenso en las democracias liberales.

### Palabras clave

Deber de obediencia al Derecho, democracia, disenso.

238

## Civil disobedience

### Abstract

This paper is aimed to define the term ‘civil disobedience’. The paper traces firstly a brief history of civil disobedience. Thenceforth, it develops the theoretical issues that civil disobedience raises regarding the duty of obedience to law and the institutional organization of dissent in liberal democracies.

### Keywords

Duty to obey law, democracy, dissent.

## 1. Desarrollo histórico del concepto

De acuerdo con la doctrina política liberal, tal como fue formulada originalmente por John Locke ([1689]2010: 417-419), cualquier ciudadano que sea oprimido por los gobernantes de un Estado tiene derecho a desobedecer sus mandatos e incluso a rebelarse contra ellos y destituirles. Según Locke, siempre que alguien –incluidos los príncipes y los magistrados– invada por la fuerza el derecho de los demás, “será culpable del mayor crimen que un hombre es capaz de cometer” y “se pone a sí mismo en un estado de guerra con aquellos contra los que esta fuerza es empleada”. Para Locke (*íd.*: 416), los gobernantes que “actúan contrariamente al fin para el que fueron instituidos [...] destruyen la autoridad que el pueblo les dio”. Ante una situación semejante, concluye Locke (*íd.*: 418), al pueblo le está permitido combatir a los gobernantes que se han colocado en rebeldía, y “todo el derramamiento de sangre, toda la rapiña, y toda la desolación que el derrumbamiento de los gobiernos acarrea a un país” son enteramente atribuibles a estos últimos.

Sobre esta base doctrinal (Walzer 1967: 163-164), Henry David Thoreau introdujo el concepto de desobediencia civil en su célebre ensayo titulado, precisamente, *Civil Disobedience*. Al ser requerido a pagar los impuestos federales destinados a financiar la agresión bélica de los Estados Unidos de América contra México iniciada en el año de 1846, Thoreau propuso, desde la base de sus convicciones morales personales, desobedecer los actos del gobierno estadounidense (y las normas jurídicas en que éstos se apoyaban) como medio para llamar la atención sobre la injusticia inscrita en la invasión del territorio mexicano por parte de las fuerzas armadas estadounidenses. Puesto ante la disyuntiva de obedecer las leyes injustas o incumplirlas, Thoreau optó por lo segundo en tanto que, desde su punto de vista, en aquellos casos en que, agotados todos los recursos que provee la propia ley para oponerse a una norma injusta, los gobernantes persisten en su negativa a “anticipar y proveer” los medios necesarios para una reforma, mostrándose asimismo renuentes a apreciar el consejo de su “sabia minoría” y contrarios a estimular a sus ciudadanos para que “analicen sus faltas”, es el propio gobierno que expide las normas injustas el responsable de la desobediencia que éstas generan. Bajo tales condiciones, argumenta Thoreau ([1849] 1966: 231), el individuo no tiene otro remedio que evitar prestarse al mal que su conciencia condena mediante la desobediencia de la ley injusta.

Casi ochenta años después, Mohandas K. Gandhi ([1927]1996: 266-267) reelaboró la teoría de la desobediencia civil esbozada por Thoreau, cuyo presupuesto básico consistía en limitar la oposición contra la ley que se considera injusta a acciones de sesgo individual (por ejemplo, no pagar impuestos si sirven para la continuación de una guerra de invasión), y le confirió una dimensión colectiva y proactiva en el contexto del método conocido como *satyagraha*. El término *satyagraha* está compuesto a su vez por las voces sánscritas *satya* (verdad) y *agraha* (firmeza). La finalidad de la *satyagraha* consiste en trascender la mera “resistencia pasiva”, que es un “arma de los débiles” y puede llegar a “caracterizarse por el odio” y, en el extremo, desembocar en la violencia. Con este objeto, Gandhi añade a la exigencia de evitar la violencia (*ahimsa*) en el ejercicio de la desobediencia civil una distinción entre la no-violencia negativa y la no-violencia positiva. “Sin una expresión activa directa”, apunta Gandhi (1942-1949: I, 121), “la no-violencia carece de significado [...] Uno no puede ser pasivamente no-violento”. Uno de los preceptos fundamentales de la predicación gandiana consiste en que las campañas no-violentas deben acompañarse de un conjunto de conductas orientadas a demostrar al adversario que la intención última de la desobediencia no-violenta no radica exclusivamente en derrotarlo sino, por el contrario, en construir un

modo de convivencia mejor. En palabras del propio Gandhi (1942-1949: II, 99): “Ahimsa no es la meta. La verdad es la meta. Pero no tenemos otros medios para realizar la verdad en las relaciones humanas que la práctica de *ahimsa*”.

A partir del redimensionamiento conceptual de la desobediencia civil realizado por Mahatma Gandhi, ésta ha sido empleada en reiteradas ocasiones como táctica pacífica tanto para impulsar el cambio social como para reivindicar el cumplimiento de normas legales y constitucionales vigentes (Arendt, 1972: 74). Entre los casos históricos en que actos de desobediencia civil han resultado en cambios radicales en las directrices éticas, políticas y jurídicas de una sociedad determinada, destaca el movimiento pro derechos civiles liderado por Martin Luther King Jr. ([1958]2010: 77-121) en los Estados Unidos y la lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica (Mandela 1994). En cambio, la desobediencia civil fue utilizada para cuestionar el dudoso proceder constitucional de un gobierno, verbigracia, en las protestas que en los propios Estados Unidos siguieron a la escalada del conflicto de Vietnam (Arendt, 1972: 74-75). Así, en tanto ha servido históricamente tanto a la inhibición de desviaciones de la justicia política como a la corrección de tales desviaciones una vez que han ocurrido, la desobediencia civil igualmente puede considerarse una fuerza estabilizadora de la sociedad (Rawls [1971]1999: 383).

En las últimas décadas, no obstante, la desobediencia civil ha adquirido un cariz político distinto –más cercano al anarquismo que al liberalismo–, primeramente, en los movimientos sociales surgidos contra la globalización neoliberal y, más tarde, en la consolidación y expansión de éstos a partir de la crisis financiera del año 2008. Tales movimientos han instrumentado una reinvención consciente del *lenguaje* de la desobediencia civil mediante la incorporación de estrategias carnavalescas en la protesta: por ejemplo, los disfraces o la teatralidad de los gestos (Graeber, 2002: 66-68). La idea tradicionalmente implícita en el carnaval es la subversión temporal de las instituciones hegemónicas mediante la generación de una atmósfera burlesca y caótica (Bakhtin [1965]1984). Las nuevas manifestaciones de la desobediencia civil, precisamente, han utilizado en su provecho la suspensión de la circunspección social inherente al festejo del carnaval con objeto de ridiculizar tanto a las autoridades instituidas como a los intereses que les atribuyen las personas que ejercen tales formas de protesta. Algunos casos sumamente ilustrativos de esta manera de ejercer la desobediencia civil son, por ejemplo, las mujeres del *Pink Bloc* que, durante la cumbre del Fondo Monetario Internacional celebrada en Praga en el año 2000, se disfrazaron como hadas e hicieron cosquillas con plumeros a los policías que vigilaban la susodicha reunión internacional; o los integrantes del colectivo italiano *;Ya Basta!*, quienes han optado por ataviarse con espuma, hule y otros materiales caseros suaves de color blanco (*tute bianche*) para atravesar barricadas policiales o bloquear el acceso de las autoridades hacia los sitios donde se realiza una protesta (Kolárová, 2011: 187-188).

240

## 2. Los problemas jurídico-políticos inscritos en la desobediencia civil

La cuestión de la desobediencia civil se solapa con uno de los problemas fundamentales de la Teoría de la Justicia: la disociación entre el Derecho que es (el llamado ‘Derecho Positivo’) y el Derecho que *debe ser* (que llamaremos ‘Derecho Justo’). El contraste entre ambas perspectivas ya se encuentra recogido en el célebre pasaje de la *Antígona* de Sófocles que ha sido reiteradamente citado por multitud de autores para explicar las diferencias entre el Derecho Positivo y el Derecho Justo a la luz de las doctrinas clásicas del Derecho Natural.

Sófocles refiere que los restos mortales de Polinices, quien había muerto en combate contra Creonte, el rey de Tebas, han sido abandonados fuera de la ciudad,

V  
O  
C  
E  
S

insepultos, en tanto que este último ha ordenado públicamente que nadie lo entierre, bajo la amenaza de pena de muerte. Antígona, hermana de Polinices, provee al cadáver con los correspondientes honores fúnebres, pero a la postre es descubierta. Creonte busca entonces en el comportamiento de Antígona un motivo para el yerro, a fin de poder justificarla ante la evidente violación del edicto, y le pregunta si conocía la existencia de dicha prohibición. Antígona responde afirmativamente. Perplejo ante la temeridad de la joven, Creonte insiste y le pregunta si, a pesar de ello, tuvo el atrevimiento de transgredir los decretos prohibitarios. Antígona replica que “[n]o fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres”, dado lo cual optó por contravenir el mandato de Creonte en cuanto no estaba dispuesta a “obtener castigo [...] de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno” (Sófocles, [441 a.C.]2006: 448-459). Más adelante, Creonte defiende la obligatoriedad del decreto al afirmar que “[n]o existe un mal mayor que la anarquía”, toda vez que “destruye las ciudades” mientras que la obediencia, en cambio, “salva un gran número de vidas entre los que triunfan” (*íd.*: 671-676). En respuesta a la exigencia de obediencia formulada por Creonte, antes de ser enterrada viva como castigo por su comportamiento, Antígona exclama: “Mirad vosotros, príncipes de Tebas [...] cómo sufro y a manos de quiénes por guardar el debido respeto a la piedad” (*íd.*: 940-943).

En el discurso de Antígona cabe distinguir los principales elementos que definen a un acto de desobediencia civil (Tiefenbrun, 1999: 40-42). Tales elementos son, a saber, los siguientes: a) un acto que implica una violación a una norma de Derecho Positivo; b) una intencionalidad política manifiesta en dicha violación, que es concebida a modo de protesta pacífica en contra de la norma violentada; y c) el reconocimiento público por parte del agente del desacato de la antedicha norma, así como su aceptación de la correspondiente sanción (Gascón Abellán, 1990: 36-48; Lang, 1970: 156; Rawls, [1971]1999: 320; Raz, 1979: 263). Estos tres rasgos característicos pueden ser sintetizados, a su vez, en dos problemas teóricos relacionados entre sí: primero, el deber general de obediencia al Derecho (desde sus perspectivas legal, moral y política); y, segundo, la configuración institucional del disenso en una democracia liberal.

### **3. El deber general de obediencia al Derecho: las perspectivas legal, moral y política**

La prevalencia de la autonomía moral del individuo frente al Estado se encuentra planteada de manera ejemplar, como hemos visto, en *Antígona*. La opción opuesta –esto es, la existencia de un deber político y moral de obedecer las normas jurídicas vigentes– ha sido tradicionalmente referida a la figura histórica de Sócrates, quien voluntariamente aceptó la muerte injusta a la que fue condenado de acuerdo con las leyes de Atenas. Según el razonamiento desplegado por Sócrates ([396 a.C.]2000: 51b-52b) en *Critón*, si la *polis* “ordena recibir golpes, sufrir prisión, o llevarte a la guerra para ser herido o morir”, es preciso cumplir con su voluntad porque “es lo justo” en tanto que las leyes proveen a los ciudadanos con dos opciones: persuadirlas u obedecerlas, “y el que no obedece no cumple ninguna de las dos”.

Las razones para obedecer el derecho pueden ser muy variadas. Para abstenerse de matar, robar, violar o privar de la libertad a sus semejantes, una persona puede tener motivaciones que sean absolutamente ajenas al ordenamiento jurídico. Para efectos de la desobediencia civil, por tanto, el deber general de obediencia teóricamente relevante implica que la razón para hacer aquello que es mandado por el derecho consista precisamente en que ha sido mandado en una

norma jurídica (Raz, 1979: 233-234). Dicho deber, a su vez, puede desglosarse en tres perspectivas: legal, moral y política (Fernández García, 1987: 57-64).

La obligación legal es aquella que deriva de una norma jurídica vigente y, como tal, no presenta mayor complejidad. La obligación moral está fundada en las consideraciones normativas no egoístas que una persona está dispuesta a hacer valer universalmente y que, para ella, son más importantes que cualesquiera otras consideraciones igualmente universales. La obligación política combina las motivaciones de las dos anteriores, en tanto constituye una razón de índole moral para obedecer el derecho que está asociada específicamente con la organización política de la sociedad. Por tanto, la obligación política de obedecer el derecho (y esta idea ya aparece esbozada en los argumentos con los que Sócrates justifica su decisión de aceptar la condena de muerte que le ha sido impuesta conforme a las leyes de Atenas) no se manifiesta más que en una sociedad en la que la obediencia no resulte del mero ejercicio de la fuerza, sino que constituya la respuesta del ciudadano a un poder basado en el consenso.

Sin embargo, en el contexto del Estado liberal y democrático de Derecho, esta ‘obligación’ sólo puede ser potestativa. Aunque se admite que ningún ordenamiento puede sostenerse si no tiene en alguna forma y medida la adhesión de los ciudadanos; que esta adhesión –y la consiguiente obligación moral de obediencia– han sido efectiva y autónomamente prestadas por la mayoría de aquéllos al ordenamiento concreto que se cuestiona, y que éste es considerado por dicha mayoría como el mejor posible y en todo caso merecedor de imperar y funcionar, de ello no se infiere que *cada* ciudadano tenga un deber moral de prestar adhesión y obedecer las leyes del ordenamiento mismo. La razón de esto reside en que las condiciones pragmáticas de efectividad del ordenamiento son presupuestos de hecho y no criterios axiológicos, de lo cual se sigue que únicamente por vía de una falacia naturalista es posible deducir que “deben ser” acatados por todos (Ferrajoli, [1989]2000: 928-929). En otras palabras, y dicho brevemente: la legalidad de un acto no agota su valoración desde el punto de vista de la justicia.

242

En el mejor de los casos, cada ciudadano puede, si considera justa la preservación de un determinado ordenamiento, aceptar personalmente la obligación moral de obedecer las leyes, e incluso desear que tal obligación sea compartida por el mayor número posible de personas. Sin embargo, no le es dable exigir moralmente que esta obligación sea asumida por los demás o, dicho en otros términos, que la adhesión moral que desea y ha prestado a las leyes devenga universalmente obligatoria. Así, por ejemplo, en el Estado liberal y democrático de Derecho los argumentos de Sócrates serían exclusivamente aplicables a éste. En definitiva, el hipotético principio de obediencia a las leyes no es susceptible de ser universalizado y, en esta medida, no es dable considerarle como un principio moral. Así, el ejercicio de la desobediencia civil depende, en última instancia, del juicio que la conciencia moral y política de cada individuo haga, en forma autónoma, sobre la justicia inherente a las normas jurídicas y las instituciones políticas vigentes en un momento histórico determinado. Puesto que se trata de una decisión potestativamente vinculada a la autonomía del juicio moral, podemos concluir con Luigi Ferrajoli ([1989]2000: 930) que, desde un punto de vista normativo, la desobediencia civil entraña antes una *libertad* que un *deber*.

#### **4. La configuración institucional del disenso en una democracia liberal**

El hecho de situar la desobediencia civil en el ámbito de la autonomía moral del individuo pero, al propio tiempo, reconocer la ingente relevancia de sus dimensiones públicas, evidencia la dificultad de proyectar su configuración entre los

modos de disenso inscritos en la práctica de la democracia liberal. Joseph Raz (1979: 272-273), por ejemplo, sostiene que, en aquellos Estados en los que los derechos de participación política no estén debidamente garantizados, el ejercicio de la desobediencia civil está justificado por el propio derecho de participación política cuya garantía jurídica no existe o es defectuosa. En cambio, en las democracias liberales, donde la participación política goza de la debida protección jurídica, no cabe justificar la existencia de un derecho a la desobediencia civil.

Una forma sencilla de afrontar el argumento de Raz consiste en llevar la argumentación sobre la configuración institucional de la desobediencia civil más allá de la mera participación política. Ronald Dworkin, por ejemplo, funda la existencia de un derecho a la desobediencia civil no sólo en la participación política, sino en la titularidad del conjunto de derechos que una persona tiene en contra de los actos injustos y arbitrarios perpetrados por el gobierno. Un individuo, argumenta Dworkin, tiene un derecho fundamental contra el gobierno –por ejemplo, la libertad de expresión–, cuando ese derecho es importante para su dignidad o, dicho en otras palabras, para la constitución de su calidad como persona merecedora de consideración y respeto (*concern and respect*). Por consiguiente, una persona tiene derecho a desobedecer el Derecho, dice Dworkin (1977: 192), siempre que el Derecho vigente indebidamente vulnere sus derechos contra el gobierno. Así, para Dworkin, el derecho a la desobediencia no es propiamente un ‘derecho’ singular y diferente, sino más bien una característica del conjunto de los derechos contra el gobierno que no puede ser negada en principio sin negar, al propio tiempo, que tales derechos existen.

Al igual que Dworkin, otros autores reconocen en mayor o menor medida la facultad de optar por la desobediencia civil como una cláusula de cierre de los derechos fundamentales reconocidos y sancionados constitucionalmente en las democracias liberales. Sin embargo, el reconocimiento de la legitimidad de la desobediencia civil en el seno de las democracias trae aparejado un problema teórico adicional: la respuesta del ordenamiento jurídico que ha sido vulnerado hacia quienes le desobedecen. Existe un cierto consenso teórico respecto a la necesidad de una respuesta jurídica atenuada o a la suspensión de las sanciones correspondientes (Rawls, [1971]1999: 339; Habermas, 1985: 106; Lefkowitz, 2007: 218-223). Una de las propuestas más radicales en este sentido proviene de Hannah Arendt (1972: 83), quien reivindica un “nicho constitucional” para la desobediencia civil. Arendt (1972: 101) recomienda esta forma de institucionalización con miras a superar los límites políticos de la revisión judicial de las leyes injustas, y llega al extremo de sugerir que los desobedientes coadyuven al poder legislativo del Estado por vía de la persuasión y la opinión cualificada. La radical propuesta de Arendt, empero, siempre deberá enfrentar la poderosa objeción que contra ella plantea George Kateb (1984: 143): la institucionalización formal de la desobediencia civil arrebataría a esta forma de disenso político su seriedad y heroicidad, privándole en última instancia de la fuerza moral para reprender a las autoridades del presente y educar a las generaciones futuras.

## Bibliografía

- ARENDT, H. (1972), “Civil Disobedience”, en ARENDT, H., *Crises of the Republic*, Harcourt Brace Jovanovich, New York.
- BAKHTIN, M. ([1965]1984), *Rabelais and his World*, Indiana University Press, Bloomington.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (1987), *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid.

- FERRAJOLI, L. ([1989]2000), *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid.
- GANDHI, M. ([1927]1996), *An Autobiography, or the Story of my Experiments with Truth*, Navajivan Publishing House, Ahmedabad.
- GANDHI, M. (1942-1949), *Non-violence in Peace and War*, 2 vols, Navajivan Publishing House, Ahmedabad.
- GRAEBER, D. (2002), "The New Anarchists", *New Left Review*, Núm. 13, pp. 61-73.
- HABERMAS, J. (1985), "Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State", *Berkeley Journal of Sociology*, Núm. 30, pp. 95-116.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1990), *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- KATEB, G. (1984), *Hannah Arendt: Politics, Conscience, Evil*, Martin Robertson, Oxford.
- KOLÁROVÁ, M. (2011), "Between Confrontation and Frivolity? Gender and Militancy in the Czech Alter-Globalization Movement", en BROWN, T. y ANTON, L. (eds.), *Between the Avant-Garde and the Everyday: Subversive Politics in Europe from 1957 to the Present*, Berghahn Books, Nueva York.
- KING, M.L. ([1958]2010), *Stride toward Freedom: The Montgomery Story*, Beacon Press, Boston.
- LANG, B. (1970), "Civil Disobedience and Nonviolence: A Distinction with a Difference", *Ethics*, Vol. 80, Núm. 2, pp. 156-159.
- LEFKOWITZ, D. (2007), "On a Moral Right to Civil Disobedience", *Ethics*, Vol. 117, Núm. 2, pp. 202-233.
- LOCKE, J. ([1689]2010), *The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, en LASLETT, P. (ed.), *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MANDELA, N. (1994), *Long Walk to Freedom: the Autobiography of Nelson Mandela*, Little Brown, Boston.
- PLATÓN ([396 a. C.]2000), *Critón*, en LISI, F. (ed.), *Diálogos*, Gredos, Madrid.
- RAWLS, J. ([1971]1999), *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford.
- TIEFENBRUN, S. (1999), "On Civil Disobedience, Jurisprudence, Feminism and the Law in the Antigones of Sophocles and Anouilh", *Cardozo Studies in Law and Literature*, Vol. 11, Núm. 1, pp. 35-51.
- SÓFOCLES ([441 a.C.]2006), *Antígona*, en BERGUA CAVERO, J. (ed.), *Tragedias*, Gredos, Madrid.
- THOREAU, H.D. ([1849]1966), *Civil Disobedience*, en OWEN, Th. (ed.), *Walden and Civil Disobedience*, W.W. Norton & Company, New York.
- WALZER, M. (1967), "The Obligation to Disobey", *Ethics*, Vol. 77, Núm. 3, pp. 163-175.



## Dogmática Jurídica

Álvaro Núñez Vaquero\*

Universidad Austral de Chile, Valdivia

[alvaro.nunez@uach.cl](mailto:alvaro.nunez@uach.cl)

### Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar algunos de los significados más relevantes de la expresión “dogmática jurídica”. En primer lugar, se ofrece una definición de dogmática jurídica como sinónimo de ciencia jurídica. En segundo lugar, se examinan dos directivas metodológicas típicas del estilo dogmático: la (hipo-)tesis del legislador racional y la construcción de conceptos dogmáticos. Finalmente, se analizan diferentes tesis acerca de qué significa “aceptar dogmáticamente” el derecho.

### Palabras clave

Dogmática jurídica, ciencia jurídica, legislador racional, conceptos dogmáticos, aceptación dogmática.

245

## Legal Dogmatic

### Abstract

This work analyzes some of the more important meanings of the expression “legal dogmatic”. First, it offers a definition of “legal dogmatic” as a synonymous of “legal science”. Second, it examines two methodological directives typical of dogmatic style: the (hipo-)thesis of the rational legislator and the construction of dogmatic concepts. Finally, it analyzes some theses about what “dogmatic acceptation” of law means.

### Keywords

Legal dogmatic, legal science, rational legislator, legal concepts, dogmatic acceptation.

\* Esté trabajo fue elaborado durante mi periodo como becario post-doctoral de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido revisado cuando ya era profesor de la Universidad Austral de Chile. Agradezco a los árbitros que informaron este artículo por sus interesantes y pertinentes sugerencias e indicaciones.

Recibido: 13 de junio de 2013

Aceptado: 11 de julio de 2013

Toda vez que hablamos de cultura de la legalidad nos enfrentamos con el problema de determinar qué nos exige el derecho. En otro caso, difícilmente podremos saber cuándo un comportamiento se desvía de lo jurídicamente debido. El problema es que no siempre resulta sencillo establecer cuál es el contenido del derecho. Cuando se tienen dudas acerca de su contenido, los operadores jurídicos, al menos en algunas ocasiones, acuden a la dogmática jurídica.

Sin embargo, no es del todo claro qué es o en qué consiste esta “dogmática jurídica”. Para evitar equívocos y malentendidos, lo primero que debemos hacer es distinguir entre los diferentes significados en los que se puede emplear esta expresión:

1. En primer lugar, “dogmática jurídica” equivale sin más a la actividad desarrollada por los estudiosos del derecho (y/o a sus resultados y método). Es decir, la expresión es usada, en este primer sentido, como sinónima de “ciencia del derecho”.<sup>1</sup>
2. En segundo lugar, “dogmática jurídica” haría referencia al estudio del contenido del derecho más atento a la práctica jurídica respecto de la “ciencia del derecho”, la cual tendría un mayor grado de generalidad y abstracción.<sup>2</sup>
3. “Dogmática jurídica” es también utilizada para referirse al conjunto de opiniones valorativas de los estudiosos del derecho sobre el derecho positivo (*lege y sententia ferenda*). Frecuentemente se trata de una expresión peyorativa y con una clara carga valorativa negativa<sup>3</sup>, aunque también es posible utilizarla sin connotaciones emotivas.<sup>4</sup>
4. “Dogmática jurídica” también es empleada para referirse al método adoptado por algunos estudiosos del derecho alemanes del siglo XIX como Laband, Jellinek, el primer Jhering y, por supuesto, Puchta y Savigny: la jurisprudencia de conceptos.<sup>5</sup>
5. “Dogmática jurídica” es también usado para hacer referencia no ya a un conjunto de tesis metodológicas defendidas y empleadas durante el siglo XIX, sino a una posterior reelaboración de aquellas muy difundida todavía hoy en día. En este sentido, la expresión “dogmática jurídica” es utilizada como sinónima de “formalismo jurídico”.<sup>6</sup>
6. Por último, “dogmática jurídica” también puede designar una determinada actitud frente al derecho, irreflexiva o meramente formal, de aceptación del mismo que supuestamente tendrían los estudiosos del derecho hacia su objeto de estudio.

Aquí me ocuparé principalmente del primero y de los dos últimos significados, descartando el segundo y el tercero, y haciendo únicamente una breve referencia al cuarto. Ello porque se trata de los significados más relevantes y en los que más frecuentemente se emplea esta expresión.

<sup>1</sup> Alexy utiliza inicialmente ella expresión “dogmática jurídica” para referirse a “la ciencia jurídica tal como es efectivamente practicada”. Cfr. Alexy (1998: 198).

<sup>2</sup> Éste es el significado en el que utiliza la expresión Capograssi. Cfr. Paresce (1964: 688). En un sentido similar, Zagrebelsky distingue entre ciencia jurídica y jurisprudencia, equiparando esta última al sentido en el que Capograssi usaba la expresión “dogmática jurídica”. Cfr. Zagrebelsky (1992: 168).

<sup>3</sup> En este sentido, véase Guastini (2011: 446).

<sup>4</sup> A este respecto me permito remitir a Núñez Vaquero (2013).

<sup>5</sup> Sobre la dogmática jurídica del siglo XIX en Alemania siguen siendo ilustrativos los trabajos de Hernández Gil (1945) y Fassò (2005).

<sup>6</sup> También el término “formalismo” es bastante ambiguo. Véase Tarello (1974); Fassò (2005: 178-180); Atienza (2011).

## 1. Dogmática jurídica como sinónimo de ciencia del derecho

El sentido con el que con mayor frecuencia se utiliza la expresión “dogmática jurídica” es cuando es empleada (1) como sinónima de “ciencia jurídica”. Es preciso observar que, además de estas dos expresiones (“ciencia jurídica” y “dogmática jurídica”), también es frecuente ver usadas otras –como “ciencia del derecho”, “doctrina (jurídica)” o “estudios de derecho positivo”, etc.– para hacer referencia al mismo objeto. Sin embargo, esta variedad de expresiones genera algunos problemas porque en ocasiones aquellas son usadas como sinónimas, mientras que en otras se emplean con matices de significado parcialmente diferentes.

Por esta razón, definir “dogmática jurídica” (o “ciencia jurídica”) no resulta una tarea sencilla. De hecho, la expresión que nos ocupa –y sus aparentes sinónimas– parece ser resistente a la definición. Prueba de ello es que en buena parte de los estudios sobre “dogmática jurídica” no aparece definición alguna sobre su objeto de estudio.

Además de la anterior dificultad, existen otros escollos a la hora de definir “dogmática jurídica”. El más importante es que los dogmáticos –fundamentalmente los profesionales de la investigación jurídica– realizan tareas muy diferentes entre sí: desde el comentario de sentencias, hasta la exposición ordenada del derecho, pasando por las recomendaciones de política legislativa y judicial<sup>7</sup>. El problema es que resulta especialmente complicado establecer los rasgos comunes que caracterizarían a todas estas actividades, y que las diferenciarían de la actividad de otras disciplinas como la teoría del derecho o la sociología jurídica, por un lado, y de la actividad del resto de operadores jurídicos, por el otro.

247

Con el objetivo de evitar que la definición de “dogmática jurídica” privilegie alguna (o algunas) de estas actividades que supuestamente realizarían (o deberían realizar) los estudiosos del derecho, es preciso ofrecer una definición amplia que permita dar cabida a toda esta variedad de actividades y a los diferentes métodos con que pueden ser llevadas a cabo. En caso contrario, estaríamos introduciendo subrepticiamente alguna tesis acerca de qué hacen o deben hacer (análisis de sentencias, comentarios legislativos, compilaciones normativas, etc.), sobre cómo llevan o deberían llevar a cabo dichas actividades (métodos exegético, formalista, análisis económico del derecho, etc.) o sobre las supuestas funciones (didáctica, sistematizadora, crítica, etc.) que la dogmática jurídica cumpliría o debería cumplir. Por supuesto, también es necesario que la definición de “dogmática jurídica” no se aleje demasiado de la forma en la que prevalentemente se usa esta expresión.

Teniendo en cuenta las anteriores precauciones, es posible definir “dogmática jurídica” como la actividad realizada por los estudiosos del derecho que tiene como objetivo establecer la calificación deontica que, en un determinado sistema jurídico, se atribuye a tipos de acciones (casos genéricos) –pero en algunas ocasiones también a conductas concretas (casos individuales)– y al que el sistema jurídico de referencia no reconoce algún valor en ningún procedimiento jurídico. Es decir, la actividad –pero también su método y resultado– que pretende precisar la consecuencia jurídica que un ordenamiento jurídico vigente asocia a un determinado tipo de comportamiento.

Aunque algo vaga, la anterior definición evita caer en alguna suerte de esencialismo conceptual acerca de qué es la “dogmática jurídica”. En primer lugar, impide identificar aquélla sólo con alguno de los métodos o actividades que pueden

<sup>7</sup> Véase Cruz Parcero (2006).

realizar los profesionales de la investigación jurídica. Constituye, en segundo lugar, un buen punto de partida para analizar cuáles son las actividades que efectivamente desarrollan o deberían desarrollar los estudiosos del derecho positivo. Se trata, por tanto, de una definición que permite abordar las cuestiones centrales sobre la dogmática jurídica –qué hace y qué debería hacer– sin presuponer ninguna respuesta.

En teoría de la ciencia jurídica –aquella disciplina que analiza la dogmática jurídica en este primer sentido– es frecuente distinguir entre los planos (a) descriptivo (qué hacen los dogmáticos) y (b) normativo (qué deben hacer) (Bobbio, 2011). Es conveniente analizar, aunque sea sucintamente, el estado de la cuestión en ambos ámbitos.

(a) Si bien nunca se ha llevado a cabo una investigación empírica a gran escala para esclarecer qué hacen efectivamente los dogmáticos del derecho, buena parte de la teoría descriptiva de la ciencia jurídica sostiene que la mayoría de los dogmáticos de hecho pretenden dedicarse a describir el contenido del derecho para, a continuación, sistematizarlo. Según la mayor parte de la literatura, lo más frecuente es que los dogmáticos, en primer lugar, realicen exposiciones de las que consideran las interpretaciones correctas de las fuentes del derecho, recurriendo para ello a los principios y valores del ordenamiento, por un lado, y a conceptos y teorías dogmáticas, por el otro. En segundo lugar, y sirviéndose también de dichos conceptos y teorías, presentan el material normativo de forma que sea más fácilmente comprensible y manejable: sistematizándolo.

Ahora bien, según esta misma literatura, los dogmáticos de hecho no sólo se dedican a interpretar el derecho y a presentarlo de manera ordenada. Por el contrario, la dogmática jurídica adapta el contenido del derecho, bien para satisfacer exigencias materiales de justicia, bien para solucionar los defectos lógicos (lagunas, antinomias y redundancias). Este tipo de operaciones son desarrolladas mediante diferentes instrumentos: desde la concretización de los principios del ordenamiento, hasta la creación de jerarquías axiológicas entre normas, pasando por el recurso a la tesis del legislador racional (véase *infra* 2). Estas actividades, que claramente requieren realizar juicios de valor, son presentadas por los propios dogmáticos con gran frecuencia como actividades descriptivas, o al menos objetivas –en el sentido de que estarían gobernadas por un conjunto de reglas no vagas– que no comprometerían la imparcialidad del método dogmático.

248

No obstante, aunque existe acuerdo sobre que los dogmáticos no se limitan a describir, cuál sea el estatus de dichas actividades –racional o discrecional– es cuestión controvertida. La posiciones en esta discusión pueden ser divididas en dos grandes bloques: por un lado, quienes consideran que estas actividades son puramente discretionales (y no son otra cosa que la plasmación de las ideologías de los estudiosos del derecho); por el otro, quienes creen que se trata de una actividad racional, que si bien no es axiológicamente neutral, tiene carácter imparcial no consistiendo simplemente en un puro ejercicio ideológico.

(b) Desde el punto de vista normativo (qué *deben* hacer los dogmáticos), lo primero que hay que señalar es que la cuestión ha sufrido un cambio de perspectiva en las últimas décadas. Si con anterioridad la cuestión acerca de qué deben hacer los estudiosos del derecho era mayoritariamente afrontada como una cuestión técnica, desde hace ya varias décadas buena parte de la teoría normativa de la ciencia jurídica ha planteado la cuestión como moral o ético-política.

b.1) Desde el primer punto de vista (latamente normativo o técnico), el objeto central de discusión ha sido la controversia acerca de la científicidad del método dogmático. Es decir, la discusión se ha centrado preminentemente en establecer qué método debían emplear los estudiosos del derecho para que su actividad pudiera ser considerada como científica.<sup>8</sup>

Las respuestas que se han dado a la pregunta sobre la científicidad del método dogmático pueden ser agrupadas en tres categorías diferentes:

i) Quienes consideraban que tal y como era efectivamente cultivada, la dogmática jurídica podía ser considerada ya como una disciplina científica, o al menos como un conocimiento riguroso (como Villa o Jori).<sup>9</sup>

ii) Quienes consideraban, a diferencia de los anteriores, que la dogmática no podía ser considerada una ciencia pero que era suficiente con hacer el método más riguroso (como Kelsen, Bobbio o Alchourrón y Bulygin) para que lo fuera.

iii) Quienes consideraban que no era posible que la dogmática fuera una disciplina científica y, por lo tanto, debía modificar profundamente su forma de aproximarse al derecho para convertirse en tal. Dentro de este último grupo es necesario distinguir entre dos tipos de respuestas diferentes: por un lado, quienes consideraban que la dogmática debía cambiar su objeto de estudio por el derecho natural -como Kirchmann (1999)-; por el otro, quienes sostienen que no es necesario cambiar el objeto de estudio pero sí modificar radicalmente el método de estudio del derecho: realistas tales como Ross, Tarello o Llewellyn (Núñez Vaquero, 2013).

b.2) La cuestión sobre qué deben hacer los estudiosos del derecho es formulada en términos netamente normativos o ético-políticos por la literatura más reciente (Atienza y Ruiz Manero, 2007; Nino, 1999). En particular, esta literatura pone en entredicho que la dogmática deba ser una disciplina científica, o incluso que deba dedicarse únicamente a describir el derecho. Antes bien, según gran parte de la teoría normativa (ideología) de la ciencia jurídica contemporánea, los dogmáticos deberían concentrarse en proponer soluciones para los casos difíciles, convirtiendo así a la dogmática jurídica en una disciplina práctica (Calsamiglia, 1996; Manrique, Navarro y Peralta, 2011).

Aunque existe una cierta variedad de métodos mediante los cuales los estudiosos del derecho pueden proponer soluciones para los casos difíciles –y de este modo orientar las decisiones judiciales– hay un método (o conjunto de métodos) sin duda dominante en la discusión normativa en teoría de la ciencia jurídica: aquél que tiene sus orígenes y justificación en la teoría estándar de la argumentación. Debido a su casi total hegemonía en la discusión, es posible afirmar que se trata de la tesis dominante en la teoría normativa (o ideología) de la ciencia jurídica.

Según la tesis dominante, los dogmáticos del derecho deben dedicarse a proponer soluciones para los casos difíciles mediante instrumentos elaborados en sede de teoría moral (ponderación, equilibrio reflexivo, auditorio racional, etc.), combinando los principios morales y del razonamiento práctico que rigen cualquier tipo de decisión práctica (tesis de la unidad del razonamiento práctico), con

<sup>8</sup> Para un análisis sobre la cuestión, véase Calsamiglia (1986).

<sup>9</sup> La estrategia de estos autores es de dos tipos diferentes. En primer lugar, algunos autores amplían el concepto de ciencia hasta hacer que la dogmática sea una disciplina científica. Véase Villa (1984). En segundo lugar, otros autores afirman que existen conocimientos no científicos que son, no obstante, valiosos. Véase Jori (1976).

principios y valores específicamente jurídicos (seguridad, certeza del derecho, respeto a la historia institucional, etc.). Por tanto, según la tesis dominante, los dogmáticos deberían dedicarse a ofrecer razones y argumentos en favor de la mejor solución jurídicamente posible, orientando así las decisiones judiciales en los casos difíciles. Si bien resulta necesario emplear juicios axiológicos para proponer soluciones para los casos difíciles, los estudiosos del derecho dispondrían de criterios que les permitirían identificar –salvo en los casos trágicos– cuál es la respuesta jurídicamente correcta.

Con base en la anterior reconstrucción, es posible presentar cuatro metáforas acerca del trabajo de la dogmática jurídica que pueden tener algún valor heurístico para presentar algunas de las más importantes teorías –pero también ideologías– de la ciencia o dogmática jurídica.<sup>10</sup>

Según la primera metáfora, el trabajo de la dogmática se asemejaría al de la botánica o al de la zoología. Es decir, en la medida en que el trabajo de la dogmática se fundaría en observaciones empíricas y estaría guiado por un método formado por un conjunto de reglas de transformación (reglas del lenguaje natural más aquellas de la lógica para ordenar el material normativo), el trabajo dogmático sería una actividad cognitiva formalizada. Es decir, su trabajo consistiría básicamente en un conjunto de observaciones (estudio de los textos normativos), su interpretación (que según esta primera metáfora sería una actividad cognitiva) y su posterior sistematización.

No obstante, según buena parte de la literatura, los dogmáticos hacen (o deberían hacer) más que esto, y adaptan el contenido del derecho para satisfacer exigencias lógicas y de justicia, convirtiendo de este modo a la dogmática en una disciplina no meramente descriptiva. No se trata, como ya se ha dicho, de una actividad puramente creativa sino basada en un conocimiento –que según algunos autores podría ser considerado– científico que tiene varios siglos de tradición y que no pretende simplemente describir sino solucionar (o proponer una solución) para problemas prácticos: qué hacer. En particular, la dogmática jurídica debería ser la disciplina que orienta las decisiones judiciales allí donde el derecho no sea claro: los casos difíciles.

250

En este sentido, la dogmática se parecería (segunda metáfora) a la medicina en la medida en que ambas están basadas en un conocimiento científico pero ninguna de ellas consiste en la mera descripción ordenada de las partes de un *corpus*. Antes bien, tanto una como otra serían disciplinas prácticas o aplicadas que afrontan y resuelven problemas prácticos: cómo sanar al paciente o cómo resolver un conflicto<sup>11</sup>.

La metáfora médica puede ser criticada desde dos puntos de vista. La primera crítica consiste en afirmar que el conocimiento que presupone la dogmática cuando propone soluciones para los casos difíciles no tiene carácter científico. Por el contrario, se trataría de un conocimiento *folk* o –más sencillamente– de sentido común. Ahora bien, si así están las cosas, entonces el trabajo de los dogmáticos se parecería más (tercera metáfora) al de los cuberos, fontaneros o carpinteros que aplican máximas de la experiencia (no científicas) hasta conseguir el resultado deseado. Es decir, similar a la actividad de quienes utilizan un conocimiento no científico para afrontar tareas técnicas o prácticas en las que disponemos de criterios objetivos para valorar su éxito. Esto es, pese a no estar basada en un

<sup>10</sup> Véase en un sentido similar Jakab (2011).

<sup>11</sup> Sobre estos aspectos, véase Ruiz Miguel (2002).

conocimiento científico, se trataría de una actividad para la que disponemos de estándares para establecer cuándo ha sido exitosa.

La segunda línea de crítica a la metáfora médica sostiene que, mientras que en el caso de la medicina dispondríamos de criterios de carácter objetivo sobre su éxito (la curación del enfermo o su bienestar), en el caso de la dogmática no tendríamos tales criterios de carácter objetivo. Es decir, al contrario que en el trabajo de las actividades anteriores, en la dogmática jurídica no tendríamos ningún criterio que permitiera identificar objetivamente el éxito de la actividad. Para ello sería necesario que dispusiéramos de criterios objetivos de corrección práctica o moral, lo que es negado por una parte de la literatura. De este modo, el trabajo de la dogmática se parecería más (cuarta metáfora) al del cocinero que elabora sus platos con base en un conocimiento de carácter científico pero cuyo éxito depende de los gustos y preferencias de cada comensal.

En resumen: en este primer sentido, la dogmática jurídica es aquella actividad que pretende establecer cuál es el contenido del derecho. Si bien existe un cierto acuerdo en la literatura sobre que los dogmáticos de hecho no se limitan a describir el contenido del derecho (aunque no sobre cómo calificar estas otras actividades), qué deben hacer aquellos es una cuestión todavía hoy abierta.

## 2. Método dogmático

En muchas ocasiones en las que se utiliza la expresión “dogmática jurídica” se quiere hacer referencia no ya a la actividad de los estudiosos del derecho en general sino al método jurídico teorizado y empleado por estudiosos del derecho alemanes del siglo XIX como Jellinek, Laband, Gerber y, por supuesto, Savigny, Puchta<sup>12</sup> o el propio Jhering: la jurisprudencia de conceptos. Aquí no me detendré en el modelo de estudio del derecho practicado por estos autores, sino que analizaré brevemente dos directivas metodológicas que todavía hoy gozan de un cierto predicamento, y que justificarían calificar como dogmática (o formalista) la actividad, método y/o resultado de algunos estudiosos del derecho.

### *(Hipó-)tesis del legislador racional*

La primera de estas directivas metodológicas es la (hipó-)tesis del legislador racional, es decir, aquella según la cual el ordenamiento jurídico es completo, coherente y cerrado –no porque éstas sean propiedades inherentes al derecho sino– porque el legislador así lo ha deseado. No sólo sino que además el legislador sería justo, preciso, imperecedero, finalista, omnisciente, etc. hasta el punto de parecerse a una divinidad. Se trata, como es bien sabido, de una tesis relacionada con el positivismo jurídico teórico (está estrechamente vinculada con una concepción voluntarista del derecho) e, indirectamente, también con el ideológico.

La función de la tesis del legislador racional es doble: por un lado, sirve para adaptar el contenido del derecho a determinados estándares axiológicos; por el otro, ofrece instrumentos para resolver y prevenir antinomias, lagunas y redundancias. Es decir, esta tesis ofrece al estudiioso del derecho herramientas metodológicas que le permiten modificar el sistema normativo, solucionando sus defectos lógicos y/o adaptándolo a exigencias de justicia.

---

<sup>12</sup> Desde luego se trata de una generalización. Aunque existe un claro aire de familia entre los autores mencionados, aquellos desacordaban entre sí en múltiples aspectos.

La (hipó-)tesis del legislador racional está constituida por un conjunto de razones que sirven como justificación para el empleo de una serie de directivas metodológicas a partir de las cuales derivar criterios interpretativos (y normas acerca de la aplicabilidad de otras normas) que permiten, entre otras cosas, atribuir al legislador normas jurídicas. Más en concreto, dicha tesis justificaría: por un lado, el uso de instrumentos que permiten atribuir un determinado significado a los enunciados del legislador; por el otro, el empleo de reglas acerca de la prelación en la aplicación de las normas jurídicas.

La tesis del legislador racional puede ser suscrita en dos versiones: en primer lugar, como una tesis descriptiva acerca de la realidad: el legislador no crea antinomias, es único, es siempre el mismo sujeto, etc.<sup>13</sup> En segundo lugar, como una ficción normativa que debe regir las operaciones de la dogmática jurídica.

En su primera versión se trata de una tesis evidentemente falsa: los juristas detectan con frecuencia lagunas y contradicciones en los ordenamientos jurídicos, las personas que legislan fallecen, no conocen todas las normas vigentes, etc. Desde este punto de vista descriptivo, la tesis del legislador racional cumple una función ideológica dado que permite presentar como descriptivas proposiciones normativas que son producto de las preferencias ético-normativas del dogmático. Esto es, presentar como jurídicas normas que no es posible atribuir a las fuentes formales del derecho.

En su segunda versión, las cosas son algo más complicadas. Aquí ya no se afirma que el legislador haya construido un sistema completo y coherente, o que se base en el mejor conocimiento disponible sobre la realidad social. Antes bien, se trata de la norma metodológica según la cual la dogmática jurídica *debe* presuponer que el legislador es así. Ello permitiría obtener una sola respuesta jurídica para cada caso con base exclusivamente en este conjunto de instrumentos (y de los enunciados normativos), convirtiendo así al derecho en un sistema cerrado dotado de instrumentos de auto-integración.

La tesis del legislador racional tiene, tanto en su versión descriptiva como normativa, al menos dos inconvenientes. El primero es que prevé instrumentos cuya aplicación puede conducir a soluciones jurídicas incompatibles, no ofreciendo metacriterios que permitan identificar qué solución normativa es la que debemos adoptar. Es decir, es posible que si presuponemos al mismo tiempo más de una de estas características atribuidas al legislador, se pueda justificar más de una solución normativa. Por ejemplo, no sabemos si el legislador ha deseado no regular un determinado supuesto de hecho y debemos interpretar las disposiciones normativas

<sup>13</sup> Esto son los estándares que aparecen en Nino (1989: 85-86): (i) pese a que la mayoría de las normas son creadas por órganos colegiados, el legislador es único; (ii) el legislador es imperecedero, y pese a que las personas que han aprobado un determinado texto hayan fallecido, la vida del legislador continúa; (iii) el legislador es atemporal en cuanto es único y es quien ha promulgado todas las normas del ordenamiento; (iv) es consciente pues tiene conocimiento de todas las normas que ha emanado; (v) es finalista, pues siempre persigue un objetivo determinado cuando emana una norma; (vi) es omnisciente dado que tiene un acceso epistémico ilimitado; (vii) es omnipotente en el sentido de que todos sus actos tienen fuerza normativa hasta que él mismo no declare lo contrario; (viii) es generalmente justo, y si la interpretación de un enunciado normativo hace que exista una norma injusta, aquella debe ser descartada porque probablemente no responda a su real voluntad; (ix) es coherente, pues no emana ni tiene pretensiones contradictorias; (x) es omnicomprensivo porque atribuye una calificación deontica a toda conducta imaginable; (xi); es económico en el sentido de que no emana dos veces la misma norma (no redundancia del sistema); (xii) es operativo, es decir, todas las normas que emana son susceptibles de aplicación y ninguna de ellas tiene un contenido necesario o imposible; (xiii) es preciso, en el sentido de que las normas que emana carecen de problemas de vaguedad. El mismo autor propone otra formulación del ideal del buen legislador que recoge sólo diez tesis en Nino (2012: 328-329).

a contrario (legislador preciso), o si en cambio el legislador daba por regulada la materia y debemos realizar una interpretación analógica o extensiva (legislador económico).

El segundo problema es la vaguedad o falta de precisión de algunos de los instrumentos que prevé. A saber: aunque eligiéramos cuál de las directivas justificadas por la tesis del legislador racional emplear, en ocasiones ello no es suficiente para establecer la supuesta respuesta correcta. Por ejemplo, aunque presupongamos que el legislador tenía claro el fin que deseaba alcanzar (y que existe algo así como la voluntad del legislador), no disponemos de medios para determinar con certeza cuál era tal fin.<sup>14</sup>

### **Construcción de conceptos dogmáticos**

El segundo instrumento típico de la aproximación dogmática al estudio del derecho es la construcción de conceptos dogmáticos –tales como “dolo”, “compra-venta”, “acto administrativo”, etc.– y, con base en aquellos, la elaboración de teorías dogmáticas (o teorías generales de una parte del ordenamiento): teoría general del delito, de los contratos o de la administración. Es decir, conceptos que no provienen directamente de las fuentes del derecho sino que son elaborados por los estudiosos del derecho.<sup>15</sup>

Para entender el peculiar uso que hace de los conceptos el método dogmático, primero debemos aclarar qué son los conceptos, dogmáticos o de cualquier otro tipo. Los conceptos, en extrema síntesis, son instrumentos que utilizamos para hacer referencia de manera abreviada a conjuntos de entidades que tienen en común características que nos parecen relevantes. Es decir, generalizaciones que identifican las características más importantes de objetos o eventos, y que nos permiten ordenar nuestro conocimiento<sup>16</sup>.

Los conceptos dogmáticos no son demasiado distintos del resto de conceptos, salvo en una cosa: no hacen directamente referencia a hechos sino a conjuntos de normas. “Cheque”, “constitución” o “impuesto” son sencillamente instrumentos que nos permiten hacer referencia abreviadamente a conjuntos de normas: contenidos proposicionales que vinculan una calificación jurídica a una conducta (Ross, 1956).

Los conceptos dogmáticos satisfacen dos funciones. En primer lugar, sirven para ordenar y exponer sistemáticamente un conjunto de normas. Ejemplo claro de este tipo de exposición ordenada del derecho es un cierto tipo de manualística de las disciplinas jurídicas positivas (derecho penal, derecho mercantil, derecho civil, etc.) que presentan el contenido del derecho a través de conceptos con un mayor o menor grado de abstracción y generalidad –acto jurídico, negocio jurídico, contrato, compra-venta<sup>17</sup>– lo que haría más sencilla su comprensión.

---

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión, véase Lifante (1999).

<sup>15</sup> Para una clasificación de los tipos de conceptos empleados en el derecho, véase Von Der Pfordten (2011).

<sup>16</sup> Para una introducción a qué son los conceptos, véase Stanford Encyclopedia of Philosophy (2011), *Concepts*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/concepts/>. Revisado el 23 de enero de 2013.

<sup>17</sup> Este forma de emplear los conceptos para presentar conjuntos de normas es propia de la dogmática jurídica desarrollada sobre todo en Alemania durante el siglo XIX, y es lo que permitiría distinguir aquella de la principal alternativa metodológica –el método exegético– cuyo ejemplo más paradigmático serían los comentarios a los códigos civiles. Dicho breve y algo abruptamente: mientras que un manual dogmático presenta el derecho mediante conceptos y categorías que pueden o no coincidir con la estructura de los textos jurídicos a los que se refiere (y con un orden normalmente

La segunda función que satisfarían los conceptos dogmáticos es su uso para obtener soluciones normativas para los casos en los que el ordenamiento –al menos aparentemente– no ha previsto sólo una consecuencia jurídica. Es decir, para derivar normas implícitas del ordenamiento que no han sido expresamente formuladas por ninguna autoridad normativa ni son consecuencia lógica de ninguna norma expresa (Alchourrón y Bulygin, 1975; Guastini, 2011: 104 ss.).

Para entender en qué consisten este tipo de operaciones, lo mejor es comenzar con un ejemplo. Para referirnos al conjunto de normas relativas a la cesión del uso de un bien (mueble o inmueble) a cambio de una renta utilizamos el concepto de “arrendamiento”. Ahora imaginemos que nos encontramos frente a una laguna ya que el sistema jurídico de referencia del dogmático no prevé nada sobre la duración de los arrendamientos, pero debemos decidir sobre la validez de un contrato de arrendamiento en el que no se especifica la duración.

Pues bien, lo que es característico del uso de conceptos dogmáticos es preguntarse si hay algo en la idea (concepto) de arrendamiento que impida que se trate de un vínculo por tiempo no definido. No obstante, si el concepto de arrendamiento que se emplea no es otra cosa que una forma abreviada para referirse al conjunto de normas de un sistema jurídico que no contiene previsión normativa alguna sobre la duración de los alquileres, nuestro estudioso del derecho no llegará demasiado lejos.

Con el fin de obtener una respuesta, el concepto de arrendamiento tiene que convertirse en una entidad de contenido diferente y autónomo respecto del conjunto de normas que regulan los alquileres en el ordenamiento jurídico que el dogmático estudia. Con este objetivo, el dogmático construirá un concepto de arrendamiento mediante sucesivas generalizaciones a partir de las regulaciones de ordenamientos de diferentes tiempos y lugares, su comparación con otro tipo de contratos, y sucesivas coherentizaciones.

254

Una vez que disponga de un concepto de arrendamiento como éste podrá concluir que –aunque su ordenamiento objeto de estudio no diga nada sobre la duración de los alquileres– a partir del concepto de “arrendamiento” es posible derivar una norma implícita que colma la laguna, permitiendo o prohibiendo los contratos de arrendamiento que no prevén específicamente nada sobre su duración. Es decir, a partir de lo que “realmente” es un alquiler, de lo que “esencialmente” es un arrendamiento, podrá establecer la validez de un contrato de alquiler por tiempo no definido.

Este tipo de operaciones tiene tres problemas.

a) El primero es que oculta el hecho de que cuales sean las propiedades necesarias que conforman este nuevo concepto de arrendamiento, es algo que depende de un juicio de relevancia acerca de lo que el dogmático considera que es “esencial” de un arrendamiento. Y no existen meta-criterios que nos permitan establecer cuáles son las características necesarias, y cuáles contingentes, en el concepto de arrendamiento. Si un determinado ordenamiento no dice nada acerca de su duración, ¿por qué considerar la temporalidad como algo definitorio de los arrendamientos?, ¿sería la legislación de referencia “defectuosa”? , ¿no será por el contrario preciso modificar el concepto de arrendamiento? Este tipo de

---

diferente de aquél de los textos jurídicos de referencia), un texto exegético mantiene la estructura de los textos legales, y los comenta conservando tanto su estructura como el orden de exposición de los textos jurídicos. Un claro ejemplo del primero se encuentra en Díez Picazo (1975); y del segundo en Díez Hochleitner (2001). Véase también Bobbio (1996) y Hernández Gil (1945).

razonamientos llegan al paroxismo cuando se llega a afirmar, por ejemplo, que un legislador que permitiera arrendamientos por tiempo indeterminado iría contra los dictados de la lógica.<sup>18</sup>

b) El segundo problema es que hemos pasado, inadvertidamente, de un concepto que servía para presentar ordenadamente el conjunto de normas de un ordenamiento, a emplear el mismo para derivar conclusiones normativas. Es decir, el concepto inicialmente normativo por referirse a normas, pasa a ser normativo en cuanto sirve para derivar nuevas normas implícitas, resolviendo los defectos lógicos del sistema sin necesidad de recurrir a consideraciones de justicia u oportunidad de ningún tipo.

c) El tercer y último problema es que la derivación de normas implícitas a partir de la construcción de conceptos jurídicos suele ser presentada como una actividad neutral, cuando no puramente deductiva. Sin embargo, la construcción de conceptos dogmáticos depende de manera decisiva de una serie de asunciones tanto empíricas como axiológicas que raramente son hechas explícitas por parte de los dogmáticos, como cuál es la protección que merecen los arrendatarios o quienes son las personas que los suscriben.

El discurso dogmático se vuelve así autónomo en un doble sentido. En primer lugar, respecto de los valores, pues se considera innecesario recurrir a consideraciones de tipo axiológico para integrar el derecho. En segundo lugar, respecto al propio ordenamiento positivo, ya que por esta vía se pueden generar soluciones normativas para cualquier caso posible sin necesidad de acudir a las fuentes de dicho ordenamiento, perdiendo de este modo su carácter marcadamente nacional.

### **3. Aceptación dogmática**

El último significado de la expresión “dogmática jurídica” del que me ocuparé (6) hace referencia a la (supuesta) actitud de los estudiosos del derecho hacia las normas jurídicas, quienes las considerarían como “verdades incuestionables”. Por supuesto, las normas no tienen valores de verdad, por lo que aquellas no podrían ser dogmas en el mismo sentido que lo son las verdades de fe, por ejemplo, de la iglesia católica. Antes bien, cuando se afirma que los estudiosos aceptan dogmáticamente el derecho se afirma que aquellos consideran las normas jurídicas como justas o correctas, y por tanto obligatorias, de manera irreflexiva, o al menos de forma no suficientemente racional.

No obstante, cuando se afirma que la dogmática considera el derecho como un dogma se puede estar haciendo referencia al menos a tres grupos de tesis diferentes: (3.1) una tesis de carácter descriptivo según la cual los dogmáticos de hecho consideran como justas las normas jurídicas; (3.2) un conjunto de tesis teóricas acerca del estatus de las proposiciones normativas; (3.3) un conjunto de tesis conceptuales sobre la identificación de normas (y sobre el razonamiento práctico).

3.1. En primer lugar, la expresión “aceptación dogmática” es usada para hacer referencia a que los dogmáticos de hecho adoptan las normas jurídicas como obligatorias por razón de su fuente. Es decir, se afirma que los dogmáticos de hecho suscriben una actitud positivista ética o ideológica. Como es bien sabido, existen al menos dos variantes del positivismo ideológico: según el positivismo ético fuerte, por

---

<sup>18</sup> Véase Larenz (2001: 37 ss.) y Lloredo Alix (2012: 327).

el mero hecho de provenir del soberano las normas serían justas, por lo que deben ser aceptadas y obedecidas; según el positivismo ético débil o moderado, las normas de algunos soberanos o autoridades públicas que satisfacen determinados requisitos deben ser obedecidas al menos *prima facie* (Bobbio, 1996).

Sin embargo, resulta algo aventurado afirmar que los estudiosos del derecho aceptan siempre, aunque sea solo *prima facie*, las normas que forman su objeto de estudio. Para confutar esta tesis basta con recordar a ilustres dogmáticos que vivieron en tiempos de dictadura y rechazaron desde un punto de vista político el derecho. Además, es frecuente que los dogmáticos presenten el material normativo y, acto seguido, se dediquen a criticar la normativa objeto de estudio (*sentencias de lege ferenda*). Si bien no es infrecuente que los dogmáticos guarden una cierta actitud conservadora hacia el derecho, se trataría a lo sumo de una tesis descriptiva sintética, como tal solo contingentemente verdadera y, por lo demás, falsa en muchas ocasiones.

3.2. La segunda interpretación de la tesis de la aceptación dogmática hace referencia a un conjunto de tesis sobre el estatus de las proposiciones normativas: toda vez que los dogmáticos dan cuenta del contenido del derecho no proferirían enunciados de carácter asertivo sino proposiciones de carácter prescriptivo. Es decir, no serían proposiciones normativas sólo por versar sobre normas sino también porque prescriben u ordenan comportamientos. Sin embargo, es posible suscribir esta tesis acerca del estatus de las proposiciones normativas en dos versiones diferentes.

i) Hans Kelsen (1979: 232) definió validez como creación de normas por parte de un órgano autorizado, y estableció una trivalencia entre existencia, pertenencia y obligatoriedad de las normas jurídicas. Si una norma jurídica existe es porque pertenece al ordenamiento y es por tanto obligatoria. Esto, según Kelsen, no significa que exista una obligación moral de obedecer el derecho sino sólo una obligación jurídica: si una norma jurídica existe es obligatoria, o no se trataría en absoluto de una norma válida.

La equiparación de validez, por un lado, y de la existencia, pertenencia y obligatoriedad de las normas, por el otro, explicaría el singular carácter de las proposiciones normativas kelsenianas: si bien son enunciados que describen normas, tienen carácter prescriptivo ya que un comportamiento regulado por una norma válida es un comportamiento obligatorio. No se trataría, como sugirió Hart (1963), de enunciados que mencionan normas sino de enunciados que presentan como debidos determinados comportamientos.

Reformulada en términos empíricos, dicha tesis parece empíricamente verdadera: buena parte de los operadores jurídicos consideran que existe una obligación jurídica de obedecer al derecho, aunque no necesariamente moral. No obstante, la tesis kelseniana no resulta demasiado persuasiva desde el punto de vista conceptual. En efecto, si existe una obligación de obedecer las normas jurídicas, aquélla no puede ser a su vez una obligación jurídica porque siempre sería posible preguntarse por la razón por la que obedecer la norma jurídica que impone la obligación jurídica de obedecer al resto de normas del sistema jurídico (Guastini, 2011).

ii) En su segunda versión, esta tesis afirma que las proposiciones normativas –aquellas que afirman la pertenencia y/o aplicabilidad de una norma a un ordenamiento– consisten en la reiteración de los preceptos normativos. Según Uberto Scarpelli (1967), toda vez que describimos cuál es el contenido del derecho

estaríamos respaldándolo; es más, es como si estuviéramos repitiendo o emanando nuevamente la norma. Ello debido a que, dada la pluralidad de conceptos de derecho disponibles, para establecer qué cuenta como derecho válido es necesario aceptar, desde un punto de vista ético-normativo, algún concepto de derecho.

No obstante, se trata de una tesis poco afortunada y criticable, al menos porque parece posible describir normas aceptando tan sólo a título de hipótesis un determinado concepto de derecho. Es decir, el uso de un criterio para identificar el contenido del derecho no conlleva necesariamente su aceptación ético-política o moral. Es como si se afirmara que para describir que en China hoy hay pena de muerte fuera necesario aceptar el concepto de derecho del Partido Comunista chino.

3.3. El último significado de “aceptación dogmática” hace referencia a la tesis según la cual para identificar el contenido del derecho es necesario recurrir a los valores y principios morales. No es, por supuesto, que cada uno de los dogmáticos deba emplear su propia moral individual para establecer el contenido del derecho sino que debe emplear la moral positivizada o en la que se inspira el ordenamiento, cuando no la moral objetivamente correcta.

No obstante, y como en el caso anterior, dicha tesis puede ser formulada en dos versiones diferentes.

a) La primera versión se basa en un sofisticado argumento acerca de lo que significa seguir una regla: dado que sucesivos actos de aplicación de una norma no permiten esclarecer qué regla se está aplicando (ni tampoco si en realidad se está aplicando alguna regla), para saber qué exige de nosotros el derecho es necesario que asumamos las normas y valores que gobiernan la práctica de su identificación.<sup>19</sup> Es decir, sería necesario aceptar no tanto la regla que se describe cuanto el conjunto de normas que rigen la práctica para saber qué nos exigen las normas que la conforman. Dado que no sería factible comprender dicha práctica sin asumir un punto de vista interno a la misma –el punto de vista de quien acepta dicha práctica– sería imposible determinar cuál es el contenido del derecho sin comprometerse moralmente con el conjunto de normas que constituyen y justifican dicha práctica.

Sin embargo, esta tesis resulta contraintuitiva desde dos puntos de vista. En primer lugar, si la práctica está regida por reglas, no se entiende por qué razón quien acepta la plausibilidad de tal práctica tendría un conocimiento más sofisticado de la misma que quien no la acepta. Es decir, si las meta-normas que constituyen la práctica son reglas, resulta indiferente aceptar su contenido para saber qué sería actuar conforme a aquellas. Parece que aceptar o no aceptar una norma es una actitud de tipo práctico hacia aquellas, pero no se entiende en qué sentido aceptar las meta-normas que rigen la práctica podría darnos un conocimiento más profundo de aquella.

Pero, en segundo lugar, si la práctica no está regida por meta-normas cuyas condiciones de aplicación son identificables de forma previa a su aplicación o aquellas no constituyen condiciones suficientes para su aplicación (no tratándose por tanto de reglas) entonces cabe preguntarse si la práctica es homogénea o si, por el contrario, no se encuentra sencillamente infradeterminada. Si el dogmático carece de meta-reglas sobre la identificación de las normas del ordenamiento, entonces es posible que el derecho se encuentre indeterminado, siendo indiferente aceptar o no

---

<sup>19</sup> Se trata del conocido escepticismo ante las reglas de la interpretación de Kripke de la obra de Wittgenstein. Para este respecto, véase Narváez (2004), en el capítulo III.

las meta-normas que regirían su identificación porque el ordenamiento no prevería una sola respuesta.

b) En su segunda versión, “aceptar dogmáticamente” hace referencia a una tesis acerca de la justificación práctica racional. Según algunos autores, para identificar el contenido del derecho sería necesario recurrir a consideraciones valorativas o a juicios de tipo moral.<sup>20</sup> Esta tesis, no obstante, puede ser interpretada en dos formas diferentes.

b.i) En primer lugar, es posible pensar que la moral a la que se refiere esta tesis es la moral que constituiría y justificaría la práctica de identificar el derecho. Ahora bien, como se acaba de ver, si dicha moral está compuesta por reglas no resulta preciso aceptarlas para saber qué nos exigen. Si, por el contrario, la práctica está regida por normas que no son reglas (o aquellas son muy vagas), entonces se encontrará infradeterminada y resultará del todo irrelevante que el dogmático acepte su contenido.

b.ii) En segundo lugar, es posible afirmar que es necesario que el dogmático adopte alguna (cualquiera) moral para establecer cuál es la respuesta jurídicamente correcta. Es decir, toda vez que el derecho no prevé una sola respuesta correcta, el dogmático tendrá que recurrir a juicios morales para establecer la calificación jurídica de la conducta.

Aquí no me detendré a analizar si existe algo así como la moral que inspira y justifica el ordenamiento o la moral correcta; tampoco de si tal solución sería jurídica o producto de la discrecionalidad del intérprete (Comanducci, 2010). Por el contrario, lo que es relevante aquí es saber si es necesario que el dogmático asuma como correcta alguna moral para proponer soluciones para los casos difíciles. Es decir, si por el hecho de asumir una como la mejor respuesta posible el dogmático se compromete con la corrección moral de dicha respuesta. Según la tesis de la unidad del razonamiento práctico, dado que la justificación de cualquier decisión práctica es en última instancia de tipo moral, el dogmático se compromete con la corrección moral de su propuesta de solución, al menos en aquellos casos en los que estamos frente a un caso difícil.

258

Esta última tesis puede ser justificada desde dos perspectivas diferentes.

En primer lugar, definiendo “valores morales” como valores últimos: aquellos que ni permiten ni requieren justificación ulterior. De este modo, la justificación práctica sería moral en la medida en que cualquier decisión práctica siempre afectaría a nuestros valores últimos. Ahora bien, desde este punto de vista la tesis es verdadera por definición y, por tanto, no demasiado interesante.

En segundo lugar, la tesis puede tener carácter normativo y afirmar que toda vez que se toma una decisión práctica –como son las propuestas de solución para los casos difíciles de los dogmáticos– aquellas deben ser coherentes con los valores y principios morales.<sup>21</sup> Sin embargo, en esta segunda versión quedaría por determinar cuáles son estos valores “morales” y por qué deberían tener preferencia

---

<sup>20</sup> Sobre esta tesis, véase Comanducci (2010).

<sup>21</sup> Dicha tesis implica que las normas morales están en un nivel jerárquico superior de tipo axiológico respecto a cualquier otro tipo de normas, incluidas las jurídicas. Sospecho que gran parte de las discusiones que se producen acerca de esta tesis se deben precisamente a qué conjunto de normas se haga referencia con la expresión “normas morales”. Soy deudor de Susanna Pozzolo por sus comentarios sobre esta cuestión.

frente a otro tipo de valores como, por ejemplo, valores prudenciales, políticos o económicos.

En resumen, no parece que la dogmática jurídica acepte o tenga que aceptar en ninguno de los sentido aquí vistos las normas que forman parte de su objeto de estudio; más bien parece que dicha aceptación sería completamente contingente, dependiendo de cada cultura jurídica y de cada dogmático.

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires.
- ALEXY, R. (1998), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milán.
- ATIENZA, M. (2011), "Cómo desenmascarar a un formalista", *Isonomía*, Núm. 34, pp. 199-201.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2007), "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, Núm. 27, pp. 7-28.
- BOBBIO, N. (2011), "Essere e dover essere nella scienza giuridica", *Saggi sulla scienza giuridica*, Giappichelli, Turín
- BOBBIO, N. (1996), "Il positivismo giuridico come ideologia del diritto", *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín.
- CALSAMIGLIA, A. (1986), *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- CALSAMIGLIA, A. (1996), "Ciencia jurídica", en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F., *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.
- COMANDUCCI, P. (2010), "Derecho y moral", *Hacia una teoría analítica del derecho*, CEPC, Madrid.
- CRUZ PARCERO, J.A. (2006), "Los métodos para los juristas", en COURTIS, C., *Observar la ley*, Trotta, Madrid.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. (2001), *Derecho de la Unión Europea: textos y comentarios*, Mac-Graw Hill, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1975), *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid.
- FASSÒ, G. (2005), "Formalismo giuridico", *Storia della filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- GUASTINI, R. (2011), *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Turín.
- HART, H.L.A. (1963), "Kelsen Visited", *UCLA Law Review*, Núm. 10, pp. 709-728.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1945), *Metodología del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- JORI, M. (1976), *Il metodo giuridico*, Giuffrè Milán.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México.
- KIRCHMANN, J. (1999) "El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho", en MANCHEGO, J. (ed.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho*, Grijley, Lima.
- LARENZ, K. (2001), *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona.
- LIFANTE, I. (1999), "Interpretación y modelos de derecho", *Doxa*, Núm. 22, pp. 171-193.
- LLOREDO ALIX, L. (2012), *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista*, Dikynson, Madrid.
- MANRIQUE, M.L., NAVARRO, P. y PERALTA, J.M. (2011), *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad del Externado, Bogotá.
- NINO, C.S. (1999), *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Fontamara, México.
- NINO, C.S. (1989), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México.
- NINO, C.S. (2012), *Introducción al estudio del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2012), "Ciencia jurídica", en FABRA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, A., *Manual de Filosofía del Derecho*, UNAM, México.

- PARESCE, E. (1964), "Dogmatica giuridica", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán.
- ROSS, A. (1956), "Tù-tù", *Harvard Law Review*, Vol. 70, Núm. 5, pp. 812-825.
- SCARPELLI, U. (1967), "Le 'proposizione giuridiche' come precetti reiterati", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Núm. 44, pp. 465-482.
- TARELLO, G. (1974), "Formalismo giurídico", *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bolonia.
- VILLA, V. (1984), *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Giuffrè Milán.
- VON DER PFORDTEN, D. (2011), "About Concepts in Law", en HAGE, J. y VON DER PFORDTEN (eds.), *Concepts in Law*, Springer, Dordrecht.
- ZAGREBELSKY, G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Turín.



## Justicia ambiental

Iván López

Universidad Carlos III de Madrid

[ilpardo@polsoc.uc3m.es](mailto:ilpardo@polsoc.uc3m.es)

### Resumen

El concepto de justicia ambiental pone de relieve y demuestra la conexión entre, por una parte, el severo deterioro del entorno natural y, por otra parte, el reparto desigual de sus consecuencias negativas y de las políticas y leyes medioambientales diseñadas para afrontarlo. En las sociedades contemporáneas, los grupos sociales más desfavorecidos socialmente (por su condición socio-económica, origen étnico o cultural, u otras características), así como las regiones del mundo que han contado históricamente con menos oportunidades para el desarrollo, resultan así ser una vez más los 'perdedores', y queda ante todo en evidencia la carencia de principios democráticos e inclusivos en los procesos de toma de decisión tanto en el ámbito local como internacional.

261

### Palabras clave

Justicia ambiental, racismo medioambiental, movimiento de justicia ambiental, justicia distributiva, equidad medioambiental, sostenibilidad, desarrollo sostenible, sociedad del riesgo, ambientalismo global.

## Environmental justice

### Abstract

The concept of environmental justice emphasizes and demonstrates the connection between both the severe deterioration of the natural environment, and the unequal distribution of the negative consequences of environmental laws and policies designed to address it. In contemporary societies, the socially disadvantaged social groups (either by their socio-economic, cultural, or ethnic origin, or other characteristics) as well as the regions of the world that historically have had fewer development opportunities, are thus once again the 'losers'. All this makes clear the lack of democratic and inclusive principles in the decision-making processes both locally and internationally.

### Keywords

Environmental justice, environmental racism, environmental justice movement, distributive justice, environmental equity, sustainability, sustainable development, risk society, global environmentalism.

## 1. Los orígenes del concepto de justicia ambiental: movimientos sociales e investigaciones empíricas

El concepto de justicia ambiental tiene su origen y adquiere sentido inicial en el contexto del desarrollo del movimiento social ‘movimiento de justicia ambiental’, con la movilización a finales de los años 70 y principios de los 80 de las comunidades locales afroamericanas pobres y de las clases trabajadoras de Estados Unidos, que sufren de altos niveles de degradación ambiental, y en particular de la contaminación de los desechos tóxicos en el aire, el agua y el suelo en las zonas donde habitan (Freudenberg, 1992; Gottlieb, 1993; Bullard, 1999).

Como fuerza social y respuesta política, este movimiento se articula a partir de otros dos espacios de acción social, como son 1) el de los ‘Ciudadanos Trabajadores’ o ‘Movimiento Anti-tóxicos’ de la clase trabajadora blanca norteamericana (Levine, 1982; Cable, y Shriver, 1995; Gould, Schnaiberg y Weinberg, 1996: 2) y el de las comunidades afroamericanas, bajo la forma del ‘Movimiento Ambientalista de Personas de Color’, que, a diferencia de los anteriores, actualiza los objetivos de las organizaciones de derechos civiles incorporando los riesgos medioambientales (Taylor, 1993; Bullard y Wright, 1993; citado en Pellow, Naguib y Brulle, 2005: 7).

En los años 80, a partir de investigaciones empíricas realizadas en Estados Unidos que analizaban la posible relación entre los residuos peligrosos y su impacto en las comunidades de color, se demostró que ciertas medidas que suponían un avance desde el punto de vista medioambiental, tenían como consecuencia no esperada ampliar las injusticias sociales. A partir de ese momento se establece un estrecho vínculo entre medioambientalismo y derechos ciudadanos (Foreman, 1998: 10).

262

En particular, será en el año 1989 cuando se impulse el desarrollo conceptual de la justicia ambiental, con el caso de la empresa *Louisiana Energy Services* (LES), a quien el gobierno estadounidense concede permiso para construir plantas de enriquecimiento de uranio en los estados del Sur, concretamente en *Claiborne Parish* (Luisiana). Los estudios realizados en la zona pondrán de manifiesto la discriminación que resultaba de la aplicación de la legislación vigente en materia medioambiental en Estados Unidos (la *National Environmental Policy Act*, 1969), junto con los procesos de selección para la ubicación de este tipo de complejos y la tendencia a su construcción en las áreas con poblaciones caracterizadas por la pobreza y la alta representación de personas de origen afroamericano.

En ese contexto, a principios de los 90 se acuña el término de ‘racismo medioambiental’ y se definen 17 principios de justicia ambiental<sup>1</sup> en *The People of Color Environmental Leadership Summit* (octubre de 1991, Washington DC), que, en forma de manifiesto, recoge un amplio abanico de temas, desde los muy genéricos sobre la Madre Tierra, hasta peticiones concretas de cese de producción de residuos nucleares, entre otros asuntos. Cuatro años más tarde, en 1994, entra en vigor la *Executive Order 12898* (bajo el mandato del entonces presidente de Estados Unidos, Bill Clinton), que ordena a todas las agencias federales evaluar todas las políticas medioambientales para asegurar la justicia ambiental en sus operaciones, representando un hito en el desarrollo jurídico en materia medioambiental (Bullard, 2004: 13).

<sup>1</sup> Disponible en: <http://www.ejrc.cau.edu/princej.html>. Revisado el 10 de mayo de 2013.

No obstante, no será hasta la década del 2000 cuando tome forma el concepto de ‘justicia ambiental’, para prestar atención al análisis de la relación entre etnia, clase social y riesgos medioambientales; a las fuerzas sociales que actúan sobre las desigualdades medioambientales; a la trayectoria histórica de las injusticias medioambientales y en particular en los contextos geográficos; al crecimiento de las desigualdades medioambientales y el racismo medioambiental más allá de los Estados Unidos, y en particular en los países del sur del planeta; así como a la emergencia del movimiento de justicia ambiental a través de estudios de caso de resistencia de comunidades contra los tóxicos (Naguib *et al.*, 2005: 6). Entre estos movimientos cabe destacar el movimiento de la Red Medioambientalista Indígena (*Indigenous Environmental Network*), que jugará un papel notorio, entre otros en el diseño de políticas medioambientales.

Todo ese bagaje histórico ha dado lugar a un *corpus* de conocimiento teórico y empírico relevante, donde sería justo sostener que el movimiento medioambiental moderno no ha estado completo hasta que el elemento de la justicia social se ha incorporado en su discurso (Arriaga y Pardo: 643-644).

## **2. Las definiciones del concepto de justicia ambiental, sus críticos y sus defensores**

Las diversas definiciones de justicia ambiental presentes en la literatura hacen explícita la paradoja de la modernidad y las consecuencias negativas de los impactos y políticas medioambientales sobre los segmentos de población menos favorecidos. Estas se diferencian, al mismo tiempo que complementan, según el énfasis que pongan en dimensiones como la clase social o el origen étnico; el ámbito local o global; las causas (carácter proactivo) o las consecuencias (carácter reactivo) del impacto medioambiental, tanto positivas como negativas; en su desarrollo procedural en el ejercicio democrático de la ciudadanía, o en la justicia distributiva en relación al desigual reparto de los daños sociales, políticos y económicos sobre los distintos segmentos socioeconómicos de la población (Johnson, 1992; Foreman, 1998; Kraft y Scheberle, 1995); desde el eco-centrismo en el marco del hegemónico Paradigma de la Protección Medioambiental (del medio biogeofísico), o el antropocentrismo del Paradigma de la Justicia ambiental; o en el desarrollo conceptual teórico o en el empírico de su plasmación normativa/institucional.

Bajo ese abanico de posibilidades, cabe destacar dos definiciones. Por una parte, Robert D. Bullard (1999: 6), considerado “el padre” de la justicia ambiental, la define como el principio bajo el cual “todos las personas, grupos y comunidades tienen igual derecho a la protección medioambiental y a las leyes y regulaciones de salud pública... y cuando cualquier política, práctica o directiva afecte de manera diferente o ponga en desventaja (ya sea de manera intencionada o no) a cualquiera de estos, se puede hablar de racismo medioambiental... siendo ésta una forma de injusticia medioambiental implementada por las instituciones gubernamentales, legales, económicas, políticas y militares”.

Posteriormente, la Agencia de Protección Medioambiental de los Estados Unidos (EPA) definirá la justicia ambiental como “el tratamiento imparcial y la implicación significativa de todas las personas, independientemente de su raza, origen nacional, o ingresos económicos con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes medioambientales, regulaciones y políticas” (EPA Memorandum, 4 de noviembre de 2005, en la página 1).

Las definiciones de justicia ambiental van a ser, no obstante, objeto de críticas, al igual que de argumentos de apoyo. Así, las posiciones más críticas argumentan asuntos como que las definiciones anteriores son vagas y poco prácticas en la creación de políticas o para su evaluación, dado el carácter simbólico del lenguaje en el que se apoyan (Foreman, 1998: 10); que el concepto es antropocéntrico en su orientación, ya que las personas representan el centro de la interacción entre las dimensiones de lo social, económico, político y ecológico, en vez del dañado medioambiente físico (MacDonald, 2002); que el problema no es tanto los daños medioambientales desproporcionados sobre las zonas con minorías de ingresos económicos bajos, sino el que ninguna comunidad tenga que ser afectada por sustancias tóxicas o daños medioambientales, meta que estiman irrealizable (Anand, 2004: 13), y en este sentido, “el movimiento de justicia medioambiental no es sobre la sostenibilidad, ya que lo que quiere es repartir los riesgos de manera equitativa, y no deshacerse del riesgo en sí mismo” (Agyeman y Evans, 2004); que al proyectarse la injusticia medioambiental sobre la etnia y la clase social, se pierde la visión general del problema (Naguib *et al.*, 2005: 13); en cualquier caso, estas poblaciones siguen estando afectadas por la contaminación, o no se contemplan las desigualdades de clase social dentro de las comunidades de color (Faber y Kreig, 2001); o que, junto con la equidad y el racismo, el concepto de justicia ambiental implica imperativos políticos sin “un intento descriptivo neutral o un consenso sobre su significado” (Foreman, 1998: 9; Naguib *et al.*, 2005: 127).

Por último, a pesar del avance metodológico en el estudio del racismo medioambiental y de las desigualdades sociales, los críticos del concepto añaden que, “independientemente de las definiciones específicas, hasta que no se hayan definido claramente los criterios por los que se constituye la ‘discriminación’ y la ‘equidad’, es imposible desarrollar políticas prácticas para orientar el problema de lo que es justo o no medioambientalmente” (Ringuist, 1997: 250).

264

De otra parte, los defensores del concepto argumentan: 1) que se presenta como una oportunidad, ya que “aporta una rúbrica bajo la cual reiterar las demandas de redistribución económica así como proponer nuevas vías de reparación social”, y que “la justicia ambiental se parece a la corriente principal medioambiental y a otras esferas de la política contemporánea” (Foreman, 1998: 5-6), 2) o que conecta las problemáticas medioambientales y sociales (Agyeman *et al.*, 2002: 82).

Atendiendo a esta perspectiva, cabe interpretar que la justicia ambiental “trata fundamentalmente sobre las teorías de la justicia distributiva, en cuanto a la manera de localizar los beneficios y las cargas [medioambientales] cuando hay escasez de beneficios (relativos a las demandas o necesidades de la gente) y daños por las cargas (Wenz, 1988: xii). Dicha propuesta cuenta con dos premisas básicas: la primera, que todas las personas deberían tener el derecho y la capacidad de vivir en un medioambiente sano, con acceso a los recursos medioambientales suficientes para desarrollar una vida sana; y la segunda, que son las personas más pobres y con menos poder las que primordialmente carecen de esas condiciones” (ESRC Global Environmental Change Programme, 2001: 1).

### **3. La justicia ambiental desde la óptica de la equidad y el desarrollo sostenible**

Junto con los conceptos de justicia y racismo medioambiental, adquiere igualmente valor teórico y empírico el de ‘equidad medioambiental’. La EPA (1992: 8) la define como “la distribución de los riesgos medioambientales entre los diferentes grupos de población, así como las respuestas de las políticas a estas distribuciones”. Por su parte, ‘el paradigma de la sostenibilidad justa’ se plantea como un nuevo marco del desarrollo sostenible, a partir de “la necesidad de

asegurar una calidad de vida mejor para todos, en el presente y en el futuro, de manera equitativa, mientras vivamos en ecosistemas limitados" (Agyeman *et al.*, 2003: 5).

El concepto de justicia ambiental cuestiona así las bases de la política medioambiental y social, de varias maneras. Por una parte, redefiniendo el medioambientalismo al integrarlo en mayor medida con las necesidades sociales y humanas; por otra parte, cuestionando las posiciones eco-céntricas al igual que el desarrollo económico de corte capitalista productor del impacto medioambiental; e igualmente, retando los fundamentos, el método científico y del paradigma positivista de la comunidad científica (Brown y Mikkelsen, 1990).

Al mismo tiempo, el concepto evoluciona, superando, aunque no dejándolo de lado, el debate de la distribución de los riesgos tóxicos y la vulnerabilidad de comunidades específicas, para articularse a partir de su relación con el entorno natural, pero a su vez en las formas en que creamos y gestionamos o construimos el medioambiente (Warner, 2001).

Todo lo anterior cobrará especial sentido al presentarse el concepto de justicia ambiental en estrecha relación con el de sostenibilidad o desarrollo sostenible<sup>2</sup>, con su interpretación a partir de la interrelación entre los tres pilares que lo componen: el económico, el medioambiental y el social, y donde la justicia ambiental acompaña al desarrollo sostenible como marco de referencia (Middleton y O'Keefe, 2001). La equidad intergeneracional (entre generaciones), intrageneracional (dentro de cada generación), internacional (entre las naciones) e interespecies (entre las especies) son términos que vincularán la justicia ambiental a valores y políticas redistributivas (Agyeman y Evans, 2003).

265

Por su parte, Dobson (1998: 242) concluye que los dos conceptos de justicia ambiental y sostenibilidad están relacionados de tres maneras: 1) el medioambiente biogeofísico como algo a distribuir, 2) la justicia como el elemento funcional del desarrollo sostenible, y 3) el valor de la 'justicia al medioambiente'. Dado que ni la sostenibilidad ni la justicia ambiental tienen significados definidos, se "abre el camino hacia la legitimación de conseguir cualquiera de ellas... de múltiples maneras".

Pone este autor también de relieve el conflicto entre estos dos términos, dado que "la sostenibilidad nos obliga a pensar sobre mantener algo en el futuro, mientras que la justicia nos hace pensar sobre la distribución de algo en el presente y en el futuro" (Dobson, 1995: 5); o bien argumentando que la justicia ambiental se preocupa de la equidad social (perspectiva antropocéntrica), mientras que la sostenibilidad lo hace, a su entender, del entorno natural (aproximación eco-céntrica) (*íd.*, 2003).

#### **4. Justicia ambiental, desarrollo democrático y la toma de decisiones de "abajo" a "arriba"**

Otro de los hitos en el proceso de conceptualización de la justicia ambiental va a ser la *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Decision-making and access to Justice in Environmental Matters* (Aarhus Convention – junio 1998) de la *United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE), al tener como resultado distintas

---

<sup>2</sup> Los términos sostenibilidad y desarrollo sostenible se utilizarán aquí indistintamente, pues sus diferencias de matiz no afectan al núcleo de este trabajo.

propuestas legislativas, y a las que se va a sumar en octubre de 2003 la Comisión Europa.

En esta Convención se presentan “ambos, la justicia procedural, con el énfasis puesto en la imparcialidad de los procesos de toma de decisiones, y la justicia distributiva, en las normas para la distribución de recursos, como aspectos importantes [del movimiento]” (Clayton y Opotow 1994: 3; Towers, 2000: 23). En definitiva, se trata de la descentralización y la toma de decisiones de “abajo” a “arriba”, en los ámbitos local, regional, nacional o internacional, y del derecho de los ciudadanos a revisar el control del ejercicio del poder público a partir del principio de democracia y de soberanía popular (Ragnemalm, 2000: 19). Más aún, supone “dar al medioambiente una voz no sólo cuando los intereses privados están en juego, sino con independencia de los intereses individuales, cuando el medioambiente en sí mismo es dañado o es posible dañarlo” (Onida, 2004: 4).

El giro conceptual no solo tiene lugar en la determinación del concepto, sino también en su aplicación, al distinguir entre “Norte” y “Sur” del planeta, entre los países económicamente más desarrollados y los menos, entre ganadores y perdedores en las políticas de distribución de la degradación medioambiental, favoreciéndose a las comunidades más poderosas sobre las otras (Beck, 1992: 53), y pudiéndose así hablar de regiones perdedoras o en “posiciones de riesgo” (Beck, 1992: 23).

En la era de las políticas del medioambientalismo global (planetario), para Hurrell y Kingsbury (1992: 39), “la principal fisura es entre el mundo desarrollado y el no desarrollado, y el potencial que tiene el medioambiente global de ser la mayor fuente de confrontación entre el “Norte” y el “Sur”, como asunto fundamental en política internacional”. Con esta reflexión se pone en cuestión la distribución de la autoridad en los procesos de toma de decisión y en las estructuras. Miller (1995: 9) afirma que dichas tomas de decisiones y dichas estructuras “no son justas, imparciales ni equitativas”.

266

Más aún, la discusión teórica en torno a la dinámica social de la degradación medioambiental tiene lugar a partir de la aplicación del concepto de ‘sociedad del riesgo’ (Beck, 1992), así como de la conciencia sobre la vulnerabilidad del conjunto del planeta como sistema (vgr. los cambios en los ciclos biogeoquímicos), y no sólo desde la consideración de las poblaciones más pobres, ya que el problema de la destrucción ecológica en un efecto *boomerang*, retorna impactando a sus creadores (Pellow *et al.*, 2005: 6).

De hecho, en los debates de la XV Conferencia Internacional sobre el Cambio Climático que se celebró en Copenhague (Dinamarca, diciembre 2009), se consolida un nuevo término como es el de ‘justicia climática’, como respuesta, entre otros, a la gama de problemáticas medioambientales que se desplaza o amplía con efectos negativos sobre la vida y salud humana (cambio climático, el calentamiento global, la exportación transnacional de los residuos peligrosos, la desertificación y destrucción del lecho marino, la deforestación, la lluvia ácida, la disminución de la biodiversidad, el control del crecimiento de la población...).

Así, el concepto de justicia ambiental, al mismo tiempo que sigue evolucionando, es semillero de otros novedosos y muy relevantes como son el de ‘justicia climática’ o el de ‘deuda ecológica’, y que prometen tener largo recorrido.

## Bibliografía

- AGYEMAN, J. y EVANS, B. (2003), "Toward just Sustainability in Urban Communities: building equity rights with sustainable solutions", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 590, pp. 35-53.
- AGYEMAN, J. y EVANS, B. (2004), "Just sustainability: the emerging discourse of environmental justice in Britain?", *The Geographical Journal*, Vol. 170, Núm. 2, pp. 155-164.
- ANAND, R. (2004), *International Environmental Justice. A North-South dimension*, Ashgate, Hampshire.
- ARRIAGA, A. y PARDO, M. (2011), "Justicia Ambiental: el estado de la cuestión", *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 96, Núm. 3, pp. 627-648.
- BECK, U. (1992), *Risk Society: towards a new modernity*, Sage, Londres.
- BROWN, P. y MIKKELSEN, E. (1990), *No safe place: Toxic Waste, Leukemia, and Community Action*, University of California Press, Londres.
- BULLARD, R.D. (1999), "Dismantling Environmental Racism in the USA", *Local Environment*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 5-15.
- BULLARD, R.D. (2004), "Environment and Morality: Confronting Environmental Racism in the United States", *Identities, Conflict and Cohesion Programme*, Paper Number 8, United Nations Research Institute for Social Development, Ginebra.
- BULLARD, R.D. y WRIGHT, B. (1993), *Confronting environmental racism: voices from the grassroots*, South End Press, Cambridge.
- CABLE, S. y SHRIVER, T. (1995), "The productions and extrapolation of meaning in the environmental justice movement", *Sociological Spectrum*, Vol. 15, pp. 419-442.
- CLAYTON, S. y OPOTOW, S. (eds.) (1994), "Green justice: Conceptions of fairness and the natural world", *Journal of Social Issues*, Vol. 50, Núm. 3, pp. 1-11.
- DOBSON, A. (1998), *Justice and the environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- DOBSON, A. (1999), *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- DOBSON, A. (2003), *Citizenship and the Environment*, Oxford University Press, Oxford.
- EPA (1992), "Environmental Equity. Reducing risk for all communities", *Policy, Planning and Evaluation*, PM-221. EPA, Washington.
- EPA (2005), *Memorandum, 4 Reaffirming the US Protection Agency's Commitment to Environmental Justice*, EPA, Washington.
- ESRC GLOBAL ENVIRONMENTAL CHANGE PROGRAMME (2001), *Environmental justice: Rights and means to a healthy environment for all*, Special Briefing No.7, University of Sussex, Sussex.
- FABER, D. y KRIEG, E. (2001), *Unequal Exposure to Ecological Hazards: Environmental Injustices in the Commonwealth of Massachusetts*, Philanthropy and Environmental Justice Research Project, Northeastern University, Boston.
- FOREMAN, C.H. (1998), *The promise and peril of environmental justice*, Brookings Institution Press, Washington.
- FREUDENBERG, N. (1992), "Not in our backyards: Community Action for Health and the Environment", *Natural Resources*, Vol. 4, Núm. 3, pp. 235-245.
- GOTTLIEB, R. (1993), *Forcing the Spring: the transformation of the American Environmental Movement*, Island Press, Washington.
- GOULD, K.A., SCHNAIBERG, A., y WEINBERG, A.S. (1996), *Local Environmental Struggles: Citizen Activism in the Treadmill of Production*, Cambridge University Press, Nueva York.



- JOHNSON, H. (1992), "Living in Chicago's Toxic Doughnut", in LEE, Ch. (ed.), *Proceedings of the First National People of Color Environmental Leadership Summit*, United Church of Christ Commission for Radical Justice, Nueva York.
- HURRELL, A. y KINGSBURY, B. (1992), *The international politics of the environment*, Clarendon Press, Oxford.
- KRAFT, M.E. y SCHERBERLE, D. (1995), "Environmental Justice and the Allocation of Risk: The Case of Lead and Public Health", *Policy Studies Journal*, Vol. 23, Núm. 1, pp. 113-122.
- LEVINE, A.G. (1982), *Love Canal: Science, Politics, and People*, Heath and Company, Nueva York.
- MACDONALD, D.A. (2002), *Environmental justice in South Africa*, University of Cape Town Press, Cape Town.
- MILLER, M.A.A. (1995), *The Third World in Global Environmental Politics*, Lynne Reinner Publishers, Boulder.
- MIDDLETON, N. y O'KEEFE, P. (2001), *Redefining Sustainable Development*, Pluto Press, Londres.
- NAGUIB, D. y BRULLE, R.J. (2005), *Power, Justice, and the Environment: A Critical Appraisal of the Environmental Justice Movement (Urban and Industrial Environments)*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge.
- PELLOW, N.D. y BRULLE, R.J. (2005), *Power, justice and environment. A critical appraisal of the environmental justice movement*, The MIT Press, Cambridge.
- RAGNEMALN, H. (2000), "The Community Courts and Openness within the European Union (1999)", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 2, pp. 19-30.
- RINGQUIST, E.J. (1997), "Equity and the distribution of environmental risk: The case of TRI facilities", *Social Science Quarterly*, Vol. 78, Núm. 4, pp. 811-830.
- ONIDA, M. (2004), "Environmental Protection by Product Policy: Focus on Dangerous Substances", *Environmental Law Network International*, Vol. 2, pp. 1-11.
- TAYLOR, D. (1993), "Minority Environmentalism in Britain", *Qualitative Sociology*, Vol. 16, pp. 263-295.
- TOWERS, G. (2000), "Applying the Political Geography of Scale: Grassroots Strategies and Environmental Justice", *The Professional Geographer*, Vol. 52, Núm. 1, pp. 23-36.
- WARNER, K. (2001), "Managing to Grow with Environmental Justice," *Public Works Management and Policy*, Vol. 6, Núm. 2, pp. 126-138.
- WENZ, P.S. (1988), *Environmental Justice*, State University of New York Press, Albany.

## Los delitos de malversación

Ana M. Garrocho Salcedo\*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[ana.garrocho@uc3m.es](mailto:ana.garrocho@uc3m.es)

### Resumen

Los delitos de malversación de causales y fondos públicos representan una de las modalidades delictivas vinculadas al fenómeno de la corrupción en el ámbito del sector público, que tiene repercusiones indiscutibles desde antiguo en el menoscabo del patrimonio público y en la confianza depositada en los gestores de los caudales y efectos adscritos al patrimonio estatal. De acuerdo con la Memoria 2013 de la Fiscalía General del Estado, las sentencias dictadas por delitos relativos a la corrupción se incrementaron en un 151% en los últimos 3 años, representando la prevaricación administrativa un 44% del total y la malversación un 39%.

### Palabras clave

Delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio adscrito al Estado, malversación de caudales públicos, corrupción, delito especial impropio, funcionarios, malversación impropia.

269

## Embezzlement of public funds

### Abstract

The offences of embezzlement of public funds are one of the crimes linked to the phenomenon of corruption in the field of public sector, which has undeniable repercussions from the olden days, damaging public assets and the general trust in public officers and managers who have -due to their duties- to take care of funds and effects ascribed to State assets. According to the Report of the Attorney General's Office in 2013, convictions for crimes relating to corruption increased by 151% in the last 3 years, representing 44% misconduct of public officers and embezzlement of public funds 39% of the total one.

### Keywords

Crimes against the Public Administration and its funds assigned to the State, embezzlement of public funds, corruption, improper special crime, public officers, improper embezzlement.

\* Profesora Ayudante de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho penal, procesal e Historia del Derecho.

Los delitos de malversación (arts. 432-435 CP) se ubican en el Título XIX entre los delitos contra la Administración Pública, concretamente en el Capítulo VII sobre la malversación. Estos delitos aluden a conductas de disposición o uso ilícito del patrimonio adscrito a la Administración pública por parte de funcionarios públicos y ciertos particulares que los tengan a su cargo. Con estas conductas se menoscaba el patrimonio del Estado y se lesionaba la confianza depositada en aquellas personas que, bien por razón de su cargo, bien por su inmediata relación con el patrimonio público se apropien de ellos o los destinen a fines privados<sup>1</sup> (STS de 10 octubre 1989; STS 1486/1998, de 26 de noviembre; STS 1875/2000, de 1 de diciembre; STS 927/2003, de 23 junio; STS 986/2005, de 21 de julio; STS 44/2008, de 5 febrero), justificándose así su diferenciación con respecto a otras infracciones de contenido patrimonial presentes en el ordenamiento jurídico-penal como el hurto, el robo, la estafa o la apropiación indebida.

Existen dos modalidades distintas de malversación: la de sustracción o apropiación del art. 432 CP y la llamada “malversación de uso” de los arts. 433 y 434 CP. Todas ellas sancionan su comisión dolosa, sin especial previsión de sanción de su comisión imprudente. En todo caso los delitos de malversación conforman un delito especial impropio –salvedad hecha del art 435 CP que regula la denominada “malversación impropia”- teniendo su correlativo en el delito de apropiación indebida (art 252 CP) allí donde el sujeto activo no sea funcionario público<sup>2</sup>.

El objeto material en los delitos de malversación es siempre el *patrimonio adscrito al Estado* (CCAA, Entes Locales, Institutos autónomos o el patrimonio depositado por particulares en Entidades Públicas (STS 874/2006, de 18 de septiembre). Los fondos reservados del Estado son igualmente un eventual objeto material del delito, puesto que, a pesar de que su finalidad puede ser decidida discrecionalmente por los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, Defensa, Interior y por el Centro Nacional de Inteligencia dependiente del Ministerio de la Presidencia (art. 4 Ley 11/1995, de 11 de mayo reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados), y de que como tal no hayan de ser justificados en cuanto a su aplicación concreta, atendiendo al secreto del fin o las actividades a las que se hallan destinados, ello no impide que cuando se acredite un uso desviado de ese fin, el hecho pueda ser constitutivo del delito de malversación de caudales públicos (STS 2/1998, de 29 de Julio, caso Segundo Marey- GAL). En este caso quedó acreditado que dinero procedente de los fondos reservados, concretamente un millón de francos franceses fue extraído de las arcas públicas para destinarlo a la financiación del secuestro del Sr. Marey.

El patrimonio adscrito al Estado -que conforma el objeto material del delito- se enuncia en los distintos tipos penales como *caudales o efectos públicos, cosas,*

<sup>1</sup> Existe una posición minoritaria en la doctrina que estima que el bien jurídico protegido en los delitos de malversación es el patrimonio del Estado; así, por ejemplo, Castro Moreno (2001: 54-55); la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia suele conceder un carácter plurifensivo a los delitos de malversación, destacando que la comisión de dichos delitos lesiona, por un lado, el patrimonio del Estado, y, por otro, el correcto funcionamiento de la Administración Pública en la gestión del patrimonio adscrito a esta, o la confianza depositada en el sujeto para la custodia y gestión de los caudales públicos. Cfr. *in extenso*, Roca Agapito (2013: 496).

<sup>2</sup> En sentido contrario, véase la posición minoritaria de Roca Agapito (2013: 500), estimando que “se trata de un delito especial propio pues la condición especial del sujeto activo, que no se trata de cualquier funcionario o autoridad pública, sino de aquel que *tenga a su cargo por razón de sus funciones* los caudales públicos, no es simplemente un elemento del tipo de injusto (como pudiera ser la apropiación indebida), sino que precisamente forma parte de la esencial del tipo de injusto de la malversación”. Cursiva en el original.

bienes muebles o inmuebles, dinero, fondos, bienes y rentas, bastando que tales efectos se hallen en el circuito público afectos a una determinada finalidad, aunque el Estado no ostente la titularidad sobre los mismos (STS 163/2004, de 16 de marzo).

### 1. La malversación apropiatoria (art. 432 del CP)

La malversación apropiatoria alude a conductas de incorporación patrimonial definitiva de los caudales o efectos públicos mediando ánimo de lucro por parte de una autoridad o funcionario público que los tenga a su cargo en razón de sus funciones. El tipo penal menciona concretamente una conducta de *sustracción* que no resulta del todo adecuada, puesto que los caudales públicos se encuentran efectivamente en posesión del funcionario o autoridad pública en razón del cargo, y éste en consecuencia no debe sustraerlos sino tan solo disponer de ellos (Roca Agapito, 2013: 512-513).

Asimismo se sanciona con idéntica penalidad la modalidad omisiva de apropiación de caudales públicos, en los casos en los que el funcionario público consienta la sustracción o apropiación de caudales públicos por un tercero con ánimo de lucro, configurándose así un tipo de comisión por omisión expresamente sancionada en el 432 CP, por el cual el funcionario omitente responde a título de autoría, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda al tercero sustractor. El término “consentir” evoca en buena medida la existencia de un deber especial de evitación de tales conductas, a quienes el ordenamiento jurídico ha colocado en una posición especial respecto a la protección del bien jurídico protegido, que, en este caso, es el patrimonio público. De ese modo, la infracción del deber de protección del patrimonio por parte de quien ha asumido dicha función, justifica la equiparación normativa de su conducta con la conducta positiva de apropiación de caudales públicos del tercero (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2002: 183-184).

Con respecto a la tipicidad subjetiva de la malversación apropiatoria (432 CP) simplemente indicar que esta exige el dolo de apropiación del autor junto a un elemento subjetivo específico del injusto referido a la existencia de ánimo de lucro. Ello alude a que el autor debe tener el ánimo de haber los causales o efectos públicos como propios (*animus rem sibi habendi*), lo cual difiere del tipo subjetivo de la malversación de uso (433 CP), pues en esta última el autor simplemente pretende usar temporalmente los fondos o caudales públicos.

La tenencia de los caudales públicos del funcionario “por razón de sus funciones” es interpretada por la Jurisprudencia en sentido amplio, abarcando tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos -competencia específica-, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición material, de hecho, sobre los mismos (STS de 29 febrero 1988; STS 779/1998, de 5 de junio; STS núm. 1875/2000, de 1 de diciembre; STS núm. 163/2004, de 16 marzo; STS núm. 211/2006, de 2 de marzo). A *contrario sensu*, la doctrina mayoritaria (Roca Agapito, 1999: 156-164; Castro Moreno, 2001: 83 ss.; Morales Prats y Morales García, 2011: 1274; Orts Berenguer, 2008: 675-676 y Muñoz Conde, 2013: 943.) entiende que la tenencia de los fondos públicos “por razón de sus funciones” debe interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de ostentar una competencia o vinculación específica de custodia o administración de los caudales públicos en virtud de su cargo.

En cuanto al *momento* a partir del cual pueden considerarse los caudales como “públicos”, la doctrina mayoritaria y jurisprudencia no exigen el ingreso efectivo o contable en las arcas del ente público, bastando la constancia de un derecho expectante a su recepción por parte de aquél, entendiendo que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la *recepción* de los caudales por la autoridad o funcionario, aunque no haya todavía una incorporación efectiva del fondo a las arcas públicas<sup>3</sup>. El fundamento de esta interpretación se encuentra en que no sería lógico dejar a arbitrio del sujeto responsable la calificación de los bienes como caudal público por el simple mecanismo de evitar el ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos (STS 163/2004, de 16 de marzo).

La pena prevista para el delito de malversación apropiatoria es de prisión de 3 a 6 años y de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años.

### **Subtipos agravados (432.2 CP)**

Asimismo el 432.2 CP contiene tres subtipos agravados: i) cuando la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público; ii) cuando el objeto malversado hubiera sido declarado de interés histórico o artístico; y iii) cuando los fondos estuvieran destinados a aliviar alguna calamidad pública. La penalidad prevista en estos supuestos es prisión de 4 a 8 años e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años.

En relación al primero de ellos, esto es: “especial gravedad” de la malversación, la jurisprudencia propone una interpretación restrictiva (STS 2730/1993, de 24 de noviembre; STS 180/1998, de 10 febrero). El tipo penal fija un criterio rector para fundamentar el especial desvalor de la conducta, referido a la *cantidad* de lo malversado y al *daño o entorpecimiento* al servicio público producido, que no se cifra necesariamente en un daño puramente patrimonial (STS 180/1998, de 10 febrero; STS 44/2008, de 5 febrero).

Tal y como recuerda la STS 784/2012, de 5 de octubre (Caso Limusa) la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 CP requiere que “se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público” (véase constante jurisprudencia, SSTS 616/2002, de 13 de abril; 381/2007, 24 de abril; 1094/2011, de 27 de octubre; 429/2012, de 21 de mayo). Así, pues, han de computarse y darse ambos factores. No obstante, cuando la cuantía es muy elevada, se considera que la concurrencia de ese primer elemento ya entraña la concurrencia del segundo elemento mencionado. Con respecto al valor de la cuantía, el CP no fija un límite cuantitativo alguno, dejando discrecionalidad al Juez a la hora de valorar este extremo. No obstante, y a modo ejemplificativo, debe señalarse que la jurisprudencia ha entendido que el valor de la cantidades amerita la aplicación del subtipo agravado en cantidades que oscilaban entre los 5.544.206 ptas. -33.321 euros- (STS 1519/97, de 1 de diciembre); 43 millones de ptas. - 258.435 euros- (STS 722/97, de 22 de mayo); 99 millones de ptas. - 595.001 euros- (STS 771/99, de 10 de mayo); 71 millones de ptas. -426.718 euros- (STS 616/2002, de 13 de abril); 43 millones ptas. -258.435 euros- (STS 1615/2002, de 1 de octubre); 40 millones ptas. -240.404 euros- (STS 950/2003, de 1 de julio); 33 millones de ptas.

<sup>3</sup> Por todos, Roca Agapito (2013: 508). Véase igualmente STS 1026/2009, de 16 octubre (caso Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid).

-198.333 euros- (STS 1706/2003, de 17 de diciembre); 65 millones de ptas.- 390.657 euros (STS 44/2008, de 5 de febrero).

Con todo, en los supuestos de pequeñas cuantías, no concurrirá la especial gravedad. En los supuestos en los que la suma malversada sea una cantidad importante pero no muy cualificada, habrá que acudir al criterio fijado en el tipo penal, combinado la cuantía con la prueba del daño o entorpecimiento público (STS 2/1998, de 29 julio; STS 1074/2004, de 18 octubre).

Se considera que habrá *daño* cuando el servicio público se resienta en su prestigio o en su propia organización, y *entorpecimiento* en aquellos casos en los que se retrase o dificulte el servicio de la entidad pública (STS 2730/1993, de 24 de noviembre) exigiéndose, en todo caso, su prueba en el juicio (STS 337/1995, de 10 marzo).

En relación con el segundo de los supuestos agravados, esto es, cuando el objeto malversado haya sido “declarado de interés histórico o artístico”, hay que destacar que es necesario que concurra una previa declaración administrativa de dicha calidad del objeto malversado. Exigencia legal de declaración expresa que difiere de otras infracciones patrimoniales del CP (hurto, estafa, apropiación indebida agravada 235.1, 250.5º, 253 *in fine* CP respectivamente), que si bien mantienen un supuesto agravado en razón de la calidad del objeto material por ser de interés histórico, cultural, científico o artístico, no requieren la previa declaración formal de esa calidad del objeto material del delito<sup>4</sup>.

Con respecto al tercer supuesto agravado, cuando el objeto malversado esté destinado al “alivio de una calamidad pública”, simplemente se debe resaltar que el fundamento de la agravación proviene de la especial lesividad que comportan las conductas de apropiación de caudales públicos cuando con ello se perjudique a personas o instituciones, potenciales destinatarias de esos fondos por haber sufrido los efectos de alguna calamidad, tales como derrumbamientos, terremotos, inundaciones, etc.<sup>5</sup>

#### **Subtipo atenuado (432.3 CP)**

Cuando el valor económico de lo sustraído sea inferior a 4.000 euros, se impondrá una pena cumulativa de multa de 2 a 4 meses, prisión de 6 meses a 3 años y suspensión de empleo y cargo público por tiempo de hasta 3 años.

#### **2. Las malversaciones de distracción o de uso (arts. 433 y 434 CP)**

El CP contempla dos modalidades de malversaciones de uso, que difieren de la malversación apropiatoria del art 432 CP por el ánimo del autor a la hora de proceder a la sustracción o distracción del patrimonio público. Así, cuando el ánimo del autor esté vertebrado por la apropiación definitiva del caudal público (*animus rem sibi habendi*) se estará ante la modalidad apropiatoria (432 CP), y cuando el ánimo sea de uso (*animus utendi*) temporal o transitorio será un supuesto de malversación de uso de los arts. 433-434 CP (STS (Sala de lo Penal) de 30 diciembre 1985; STS 786/1995, de 14 junio; STS 1292/2000 (Sala de lo Penal), de 10 julio; STS 990/2003, de 2 julio; STS 657/2004, de 19 mayo; STS 1544/2004, de 23 de diciembre; STS 497/2012, de 4 de junio; STS 914/2012, de 29 de noviembre).

---

<sup>4</sup> En contra de esta exigencia formal, Roca Agapito (1999: 218-222); Castro Moreno (2001: 297-298).

<sup>5</sup> Así, Roca Agapito (1999: 223); Castro Moreno (2001: 298).

La primera modalidad de malversación de uso se regula en el art 433.1 CP, y sanciona a *la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones* con una pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. En estos casos, el funcionario utiliza temporal o transitoriamente el patrimonio público con el propósito de devolverlo más tarde. No obstante, la aplicación del art 433 CP está condicionada a que el autor del delito destine a *usos ajenos a la función pública* los caudales o efectos puestos a su disposición por razón de sus funciones. Como recuerda la STS 914/2012, de 29 de noviembre, la modificación del destino de los caudales públicos es atípica desde el CP 95, por lo que el hecho de dar a los caudales públicos un fin público -aun cuando no fuese el que expresamente estuviese previsto en la correspondiente partida presupuestaria, o expresamente autorizado por la autoridad de la que en definitiva dependiesen los fondos- constituye una infracción administrativa de la que se pueden derivar responsabilidades disciplinarias y contables, pero dicha conducta no es subsumible en el tipo penal del art 433 del CP vigente.

Por su parte, el art. 433.2 CP establece un subtipo agravado en aquellos casos en los que el responsable no reintegre el *importe* de lo distraído dentro de los 10 primeros días desde que el responsable tiene conocimiento de la incoación del proceso penal (Castro Moreno, 2001: 340), imponiéndose en estos casos las penas previstas en el delito de malversación apropiatoria del 432 CP. La finalidad que subyace a esta agravación es la de incentivar al imputado para que realice una pronta restitución del *quantum* o importe distraído, beneficiándose así de una rebaja penológica notable<sup>6</sup>. No obstante, en los casos en los que quede probado un ánimo de apropiación definitiva, pese a haberse producido la devolución del importe sustraído, no cabrá aplicar el art 433 CP, sino el 432 CP (STS de 11 mayo 1990; STS de 20 de septiembre de 1990; STS 389/2000, de 14 marzo; STS 990/2003, de 2 julio). En estos casos, al igual que en aquellos en los que el reintegro se realice extemporáneamente, o se produzca tan sólo un *reintegro parcial* puede aplicarse la atenuante de “reparación del daño” prevista en el art. 21.5<sup>a</sup> del CP, siempre que este se produzca antes de la celebración del juicio oral<sup>7</sup>.

274

La segunda modalidad de malversación de uso se prevé en el art 434 CP, sancionando a *la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas*, con una pena de prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años, con lo que la pena imponible en los supuestos típicos contemplados en el art. 434 CP reciben un tratamiento penológico mucho más benigno que los supuestos de malversación apropiatoria o de uso ajeno a la función pública sin reintegro.

La actual tipificación de las infracciones de los arts. 433 y 434 CP plantea serios problemas de delimitación, sobre todo por la similitud de las conductas típicas que recogen, pues “destinar a usos ajenos a la función pública” redonda en buena medida en “dar una aplicación privada” a los bienes de la Administración Pública y viceversa<sup>8</sup>. Para ello, la doctrina se ha esforzado en vislumbrar criterios unívocos de distinción, sobre la base de los distintos elementos típicos, a pesar de que el tenor

<sup>6</sup> Por ejemplo, Castro Moreno (1999: 335); Ortiz de Urbina Gimeno (2007: 325).

<sup>7</sup> Por ejemplo, Feijoo Sánchez, (1997: 1155).

<sup>8</sup> Así, Castro Moreno (2001: 353).

literal del precepto en relación con las demás modalidades típicas de malversación dificulta enormemente la delimitación pretendida.

Algunos autores cifran la diferenciación entre el 433 y 434 CP en función del ánimo de lucro, presente en el 434 CP y ausente en el 433 CP y en la existencia de un grave perjuicio para la causa pública exigida en el 434 CP a diferencia del 433 CP (Muñoz Conde, 2013: 947-948; Orts, 2004: 680). Otros en la existencia de un traslado patrimonial del objeto en el 433 CP y su ausencia en los supuestos del 434 CP (Feijoo Sánchez, 1997: 1157), o en la exigencia de desplazamiento físico del bien en el 433 y no en el 434 CP junto con el grave perjuicio a la causa pública (Roca Agapito, 1999: 269-270, 339)<sup>9</sup>. Otros autores consideran que la distinción de estas infracciones se sitúa fundamentalmente en la conducta típica que describen, siendo el 433 CP un supuesto de mera “adjudicación” o “asignación” del bien público para un uso ajeno a la función pública, con independencia de quien sea el sujeto que finalmente lo utilice, mientras que en el 434 CP es el propio funcionario público quien material y personalmente lo utiliza (Castro Moreno, 2001: 374-375; 392-393).

A mi juicio es la conjunción del *uso del bien público sin conceder importancia al eventual reintegro* junto con la exigencia del *grave perjuicio para la causa pública*, lo que puede posibilitar la distinción entre ambas infracciones, por la especialidad que representa el 434 CP respecto a la malversación de uso contenida en el art. 433 CP. De ese modo, se estará ante un supuesto típico del 434 CP cuando un funcionario público utilice con fines privados un bien público, causando con ello un grave perjuicio a la causa pública, y siempre y cuando el reintegro del *quantum* malversado no añada nada a los efectos pretendidos, por ser el daño patrimonial un daño mediato e interpuesto a lo verdaderamente capital en estos supuestos: el grave perjuicio a la causa pública. Aquí la principal línea de ataque al bien jurídico se vierte sobre la función pública, lesionando a su vez el patrimonio del Estado, a diferencia del supuesto agravado de malversación apropiatoria (432.2) en los que el perjuicio patrimonial causa, a su vez, un daño o entorpecimiento al servicio público. Por ello, en los supuestos del 434 CP, el reintegro no sirve como razón suficiente para rebajar la pena, y de ahí que se excluya su mención en el 434 CP. A modo de ejemplo, piénsese, en el uso abusivo del teléfono para fines personales, colapsando los servicios telefónicos de urgencias médicas, o en la utilización por el anatomopatólogo de los microscopios de un Hospital público para labores de análisis de su consulta privada, causando con ello un grave retardo de los análisis de los pacientes de la Seguridad Social. En estos casos, el reintegro del *quantum* malversado no resta lesividad a la conducta, pues el injusto radica en el uso lucrativo del bien (mueble o inmueble) que lesiona o daña la causa pública de forma grave, y que se proyecta o se traduce, de forma yuxtapuesta y residual, en un menoscabo del patrimonio público.

### 3. La llamada “malversación impropia” (art. 435 CP)

En el art. 435 CP se establece la posibilidad de extender la responsabilidad penal por delitos de malversación a quienes, no siendo funcionarios, se encuentren en una posición idónea de lesionar el bien jurídico protegido, que como se enunció anteriormente redunda en el patrimonio público y en la especial relación de confianza depositada en aquellas personas que tienen una vinculación con el mismo. Así, pues, la *ratio* del 435 CP es dar cobertura a una situación no infrecuente, en la que personal no funcionario desempeña funciones semejantes a aquellos, estando encargados de caudales o efectos públicos en pie de igualdad

<sup>9</sup> Similar Morales Prats y Morales García (2011: 1285-1286).

con los funcionarios, justificándose así la extensión de la responsabilidad penal a determinados particulares.

El círculo de sujetos a los que se refiere el art. 435 CP son los siguientes:

- 1) A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas;
- 2) A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
- 3) A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

En relación con el primer grupo de sujetos, estos deben tener una capacidad de disposición sobre ciertos fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas, en virtud de un nombramiento o designación por la autoridad administrativa correspondiente. Generalmente ello sucederá en casos de insuficiencia de medios, o por simple comodidad por parte de la Administración pública para gestionar los caudales públicos, y a tal efecto se entregan a particulares para que los gestionen o custodien (Roca Agapito, 2013: 537).

Con respecto a los “particulares depositarios de caudales o efectos públicos”, debe comprobarse la existencia de una constitución de un depósito por parte de la autoridad o funcionario que los tiene conferidos. En estos casos, la designación debe consignarse en una norma jurídica (Roca Agapito, 1999: 289; Morales Prats y Morales García, 2011: 1288-1289), por lo que cuando el particular solo tiene a su disposición los caudales *de facto* y sin depósito válidamente constituido sobre los bienes públicos, se estará ante un delito de apropiación indebida.

276

Con respecto al último grupo de sujetos, se contempla una infracción no contra la propiedad o el patrimonio del tercero, sino contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, partiendo de la doble ficción de asimilar a la condición de funcionario público al particular designado como depositario, y de atribuir el carácter de caudales públicos a bienes que no lo tienen (así, por ejemplo, STS 302/1993, 9 de febrero; STS 220/1999, 12 de febrero STS núm. 363/2009, de 2 abril; STS 375/2013, de 24 de abril). Como de esta doble asimilación se derivan graves consecuencias para el depositario, se exige que el sujeto preste un consentimiento informado para la aceptación del cargo (pues no es de obligada aceptación), que garantice que el sujeto conoce las obligaciones en las que incurre derivadas de la doble ficción de su condición de depositario (STS 375/2013, de 24 de abril). Este tipo de malversación impropia alude al denominado “quebrantamiento de depósito”, que puede entrar en concurso de leyes con el delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP) que debe resolverse por consunción a favor del delito de malversación impropia (STS 24 de junio de 1997).

Los requisitos típicos que conforman de este subtipo tercero del art. 435 CP son los siguientes:

- a) La existencia de un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares;
- b) La existencia de una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege*, el ejercicio de función pública, para cumplir su misión;

c) La aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del Juez, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae;

d) Un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo (cfr. STS 79/2007, de 7 febrero; STS 95/2007, de 15 febrero).

#### 4. La discutible inclusión del art. 433 bis CP

A través de la LO 7/2012, de 27 de Diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social, se incluyó un nuevo precepto, el art. 433 bis CP, entre los delitos de malversación<sup>10</sup>. Sin embargo, el nuevo precepto incorporado no tiene nada que ver con los delitos de malversación sino que plantea un delito de falsedades contables en el ámbito público, que se trata de una réplica del delito societario de falsedades sociales ya existente en el art. 290 CP. Las conductas típicas, todas ellas dolosas, se refieren bien a *falsear* la contabilidad, los documentos o la información relevante que reflejen la situación económico financiera de la entidad pública (art. 433.1 bis CP), o bien en *facilitar información* mendaz a terceros sobre la situación económica de la misma (art. 433.2 bis CP), pudiéndose con ello causar de forma idónea un perjuicio económico para la entidad pública. Con ello se contempla así un delito de peligro, cuya pena es la inhabilitación especial para empleo y cargo público entre 1 a 10 años y adicionalmente una multa de 12 a 24 meses. Si llegase a causarse efectivamente dicho perjuicio económico (art. 433.3 bis CP, que conforma un delito de resultado), la norma prevé la imposición de una pena de prisión de 1 a 4 años, inhabilitación especial para empleo y cargo público de tres a diez años e idéntica pena de multa a la señala para el delito de previsto en los tipos 433.1 y 2 bis CP. El delito comentado plantea serios problemas de delimitación con el delito de falsedad documental de funcionarios previsto en el art 390 CP, en la medida que este tipo contempla un amplio abanico de falsedades documentales, incluida la falsedad ideológica de funcionarios, por lo que ciertamente parece poco probable que existan conductas falsarias no tipificadas en el art. 390 CP, que el propio art. 433 bis CP declara de aplicación preferente. El nuevo delito de falsedades de funcionario del art. 433 bis CP es una suerte de copia del art. 290 CP que contiene un delito societario que contempla un supuesto de falsedad ideológica ya prevista en el 390.4 CP por lo que su incorporación parece ciertamente innecesaria<sup>11</sup>.

#### Bibliografía

- CASTRO MORENO, A. (2001), *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2013), “Administración desleal de patrimonio público (malversación)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudios crítico sobre la reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (1997), “Capítulo VII - De la malversación”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2013), “¿Qué queda de la reforma penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis”, *La Ley*, Núm. 8020, pp. 1-10.

<sup>10</sup> Sobre ello véase, Gutiérrez Rodríguez (2013: 1-10).

<sup>11</sup> En el mismo sentido, cfr. Muñoz Conde (2013: 949); Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez (2013: 784) y Gutiérrez Rodríguez (2013: 3).

- MORALES PRATS, F. Y MORALES GARCÍA, O. (2011), “De la Malversación”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi, Cizur Menor.
- MUÑOZ CONDE, F. (2013), *Derecho penal, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2011), “Delitos contra la Administración pública. Malversación”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona.
- ORTS BERENGUER, E. (2008), “Delitos contra la Administración pública. Malversación”, en VIVES ANTÓN, T. (dir.), *Derecho penal, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ROCA AGAPITO, L. (1999), *El delito de malversación de caudales públicos*, Bosch, Barcelona.
- ROCA AGAPITO, L. (2013), “Lección 14<sup>a</sup> – Malversación”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.



## Hannah Arendt: *La gran tradición (1953)*

### La tensión entre acción y derecho en Hannah Arendt

Alfonso Ballesteros

Universidad de la Coruña

[alfonso.ballesteros@udc.es](mailto:alfonso.ballesteros@udc.es)

279

Se recoge aquí por primera vez en lengua española el último texto de Hannah Arendt que se ha dado a conocer, publicado en el año 2007 en lengua inglesa. Se trata de una conferencia que la pensadora impartió en la Universidad de Princeton en 1953. Sin que se hayan cumplido aún 40 años desde su muerte, el pensamiento de Arendt despierta un interés creciente entre teóricos de la política y filósofos, y también entre sociólogos y pensadores de diversas disciplinas de todos los lugares del mundo. Se publican numerosas obras cada año sobre la autora, se organizan seminarios y se han creado varios *think tanks* dedicados en exclusiva al estudio de su pensamiento, el más activo de ellos es el Hannah Arendt Center del Bard College en Nueva York. Todo ello se ha agudizado en el año 2013 en que se ha cumplido el 50 aniversario de la publicación de su reportaje sobre el juicio de Adolf Eichmann en Jerusalén. Con este motivo se han organizado congresos y han aparecido nuevas publicaciones; e incluso una película sobre la polémica que despertó su reportaje.

#### 1. Los manuscritos sobre Marx

La fecundidad intelectual de Hannah Arendt se pone de manifiesto cuando se repasan las decenas de artículos y libros que publicó en vida (1906-1975), pero lo es aún más cuando se dan a conocer póstumamente escritos suyos que eran hasta hace poco desconocidos. Ejemplo de ello es su *Diario filosófico* que se creía perdido y fue publicado en 2002. El diario aporta 800 páginas de notas y reflexiones muy variadas que la autora utilizaba, entre otras cosas, como materiales de consulta para la escritura de algunos de sus libros (Arendt, 2002a). Además, Jerome Kohn (2007a), el administrador de su legado, ha ido publicando manuscritos de la autora desde el año 2002. Son los denominados “Manuscritos sobre Marx” formados por cientos de páginas que Arendt escribió en la década de 1950, el momento en que estuvo más activa como escritora. Dichos manuscritos están divididos en varios grupos: “Karl Marx y la tradición del pensamiento político occidental” —formado por seis conferencias impartidas en la Universidad de Princeton y en el Institute for Advanced Studies en 1953—; “De Hegel a Marx” y “Filosofía y política: el problema de la acción y el pensamiento tras la Revolución francesa” —formado por tres conferencias impartidas en la Universidad de Notre Dame en 1954—<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Estos escritos han sido publicados en Arendt (2002b, 2007a y 2008), algunos de ellos son reimpressiones de fragmentos de su *Diario filosófico*, Arendt (2006b). De los manuscritos sobre Marx todavía quedan tres conferencias por publicar de acuerdo con Kohn (2007a: xxi).

El texto que aquí se presenta pertenece al primer grupo de manuscritos. Es una compilación de diversas versiones de la tercera conferencia impartida en la Universidad de Princeton en 1953<sup>2</sup>. Kohn realizó dicha compilación y la dividió posteriormente en dos partes que fueron publicadas por separado en la revista *Social Research* en el año 2007 (Arendt, 2007b y 2007c).

Para mostrar la importancia de esta conferencia hay que tomar en consideración el papel de los escritos inéditos de Arendt dentro de su obra. Dice Margaret Canovan que “los libros por los que [Arendt] es más conocida surgen como islas de un continente de pensamiento parcialmente sumergido, en parte documentado en oscuros artículos, en parte sólo en escritos inéditos” (Canovan, 1995: 3). Ese “continente sumergido” de los escritos inéditos arroja luz sobre las “islas”, las obras publicadas en vida, cuya interpretación está abierta muchas veces a disputa. Debido a la conveniencia de relacionar sus escritos, la interpretación de la autora se convierte en una suerte de intento de completar un puzzle en el que se ha de procurar contar con la mayor cantidad de piezas posible, ya sean escritos publicados en vida o póstumamente, pues esto ayuda a comprender su pensamiento de una manera global. La necesidad de este ejercicio de unir piezas, es decir, de vincular sus escritos, deriva de la asistematicidad de la autora y de unos textos que no sólo están abiertos a interpretaciones diversas, sino que no cierran de manera definitiva las cuestiones que tratan<sup>3</sup>. El pensamiento de Arendt tiene una “forma sinfónica en vez de secuencial, entretejiendo y desarrollando temas en vez de presentar un argumento” (Canovan, 1995: 3). En esta conferencia esto se hace especialmente patente, pues la autora parece más preocupada por comprender ella misma los asuntos que trata, como en un ejercicio de pensamiento (*id.*: 6), que por transmitir un argumento definitivo para convencer a los oyentes de un punto de vista. Por ello, con objeto de facilitar la comprensión del texto, la presente introducción tiene el propósito de dar cuenta de los aspectos centrales de la conferencia y relacionarlos brevemente con el marco global de su pensamiento.

280

Antes de situar la conferencia en el marco global del pensamiento de Arendt conviene situarla en su marco concreto, en la primera mitad de la década de 1950, un momento en el que la autora se proponía responder a una pregunta muy concreta: “¿Dónde se introdujo el concepto de dominio en el ámbito político?”. En una de sus cartas de 1954, Arendt le explica a Martin Heidegger en qué está trabajando desde 1951, y le escribe que lleva a cabo “partiendo de Montesquieu, un análisis de los sistemas políticos con la intención de descubrir dónde se *introdujo el concepto del dominio en lo político* [...] y cómo el ámbito político se constituye de manera diferente en cada caso”<sup>4</sup>. La investigación a la que se refiere Arendt comienza en el año 1951, el año en que salió a la luz *Los orígenes del totalitarismo*, su primera gran obra. Al poco tiempo de la publicación, la autora consideró que su libro estaba incompleto. No había estudiado con la misma profundidad los orígenes del totalitarismo estalinista como los elementos que precedieron al triunfo del nacional-socialismo de Hitler. El totalitarismo estalinista requería una mayor atención de la que le había prestado. Por ello, recién publicado *Los orígenes del totalitarismo* la autora proyectó la elaboración de un nuevo libro llamado “Elementos totalitarios

<sup>2</sup> De dos versiones distintas de dicha conferencia y dos versiones de cada una de estas dos versiones. Es decir, dos pares de manuscritos de la tercera conferencia que han sido compilados en uno por Jerome Kohn y Jessica Reifer. Véase Kohn (2007a: xvi).

<sup>3</sup> Arendt (1995: 171) llegó a afirmar: “Cuanto he hecho y escrito es provisional. Considero que todo pensamiento [...] tiene la reserva de ser experimental”.

<sup>4</sup> Añade que sus otros dos propósitos son estudiar las actividades de la *vita activa* en relación con Marx y con Hobbes y la relación entre filosofía y política a partir del mito de la caverna de Platón. Arendt; Heidegger (2000: 137). El énfasis es mío.

en el marxismo”, una obra con la que pretendía llegar a comprender el otro rostro del totalitarismo: el comunismo de Stalin.

Desde el momento en que la autora emprendió su investigación encontró una mayor complejidad en la relación entre el totalitarismo comunista y sus antecedentes de la que había encontrado entre el nazismo y los elementos anteriores relacionados con el mismo —el antisemitismo y el imperialismo colonial—. Había una raíz filosófica entre los elementos que cristalizaron en el comunismo estalinista y esta raíz debía de ser rastreada primeramente en Karl Marx. Por ello, el esquema original de la nueva obra incluía un análisis del concepto de hombre en Marx como *homo faber* y la evolución histórica del marxismo desde finales del siglo XIX hasta la llegada de Stalin al poder en 1941 (Young-Bruehl, 2006: 353). Lo original y lo complejo de la interpretación arendtiana es que Marx le parecía más un filósofo fuertemente arraigado en la tradición de la filosofía política que un pensador revolucionario (Arendt, 2008: 11 ss.). En concreto porque éste entendía la política como una forma de dominio<sup>5</sup> igual que la tradición de la filosofía política. Al descubrir esta fuerte vinculación de Marx con la tradición, la autora emprende una investigación para responder a la pregunta sobre el momento en que se introdujo el concepto de dominio en la historia del pensamiento político. Por tanto, Marx es el punto de partida de la cuestión acerca del dominio y de las investigaciones posteriores acerca de las formas políticas a las que se refiere en su carta a Heidegger.

La crítica de Arendt a la tradición tuvo su origen en Marburgo años atrás, donde Heidegger fue su maestro durante un tiempo (Young-Bruehl, 2006: 109 ss.). La pensadora coincide con éste en que la tradición es un todo completamente determinado por el platonismo y, como él, diagnostica que sus verdades han perdido toda vigencia. Sin embargo, en lo que difiere radicalmente de Heidegger es en la razón por la que rechaza la tradición. El rechazo de Arendt deriva de que, a su juicio, la tradición de la filosofía siempre tuvo prejuicios contra la política. Por ello, se aproxima a los restos de dicha tradición para tratar de dilucidar en qué momento y porqué surgieron esos prejuicios filosóficos contra la política y con ello el concepto de dominio. A su juicio, estos prejuicios llegan hasta el final de la tradición, con Marx, con quien, según la autora, se cumplió póstumamente “el sueño de Platón” de someter la acción política al pensamiento filosófico (Arendt, 2007a: 113). Así, la investigación de Arendt que comienza con Marx, continúa remontando la tradición de la filosofía política hasta llegar a Platón (Arendt, 2008: 11-37).

Esta evolución de su investigación es la razón de que, a medida que ésta avanza, los manuscritos sobre Marx tienen cada vez menos que ver con éste (Kohn, 2007a: xvi)<sup>6</sup> y recorren un campo de reflexión mucho más amplio. Este campo de investigación se amplió de tal modo que provocó que “Elementos totalitarios en el marxismo”, el libro que la autora proyectó y del que escribió algunos capítulos, nunca fuera concluido. Así, aunque el punto de partida de esta investigación es Marx y la introducción del concepto de dominio, hay una diversidad de puntos de llegada que derivan de ese campo de reflexión ampliado. Esta investigación se plasma de una manera inmediata en los manuscritos sobre Marx que estaban encaminados a formar parte del libro y en tres importantes obras publicadas en vida cuya relación con el problema original de la aparición del dominio y la crítica a la

<sup>5</sup> Con dominio (“rule”) en sentido amplio Arendt se refiere a la relación “vertical” entre gobernantes y gobernados que se sostiene gracias a la coacción y la violencia. Se usan indistintamente gobierno o dominio pues ambos suponen verticalidad y coacción para la autora y traducen la palabra “rule”.

<sup>6</sup> Para contextualizar estos manuscritos y el papel de Marx en la reflexión arendtiana de estos años ver las introducciones de Jerome Kohn en Arendt (2007a: 14 ss. y 2008: 11 ss.).

tradición es menos central que en los manuscritos y se entrelaza con temáticas muy diversas que van ganando importancia en estos años en el pensamiento de Arendt. Estas obras son *La condición humana* (1958), *Entre el pasado y el futuro* (1961, 68)<sup>7</sup> y *Sobre la revolución* (1963).

## 2. La política y la ley como formas de dominio en la gran tradición

Esta conferencia se ocupa, en primer lugar, de la naturaleza de las formas políticas, de la manera tradicional de concebirlas como formas de *gobierno*. Arendt sostiene que la tradición de la filosofía política ha construido “dos pilares conceptuales” (p. 294) que son dos criterios para distinguir unas formas de gobierno de otras: el derecho y el poder<sup>8</sup>. A su juicio, sobre estos pilares se han asentado todas las distinciones entre formas de gobierno. El primero, el criterio del derecho, enjuicia lo buena o mala que es una forma de gobierno de acuerdo con su legalidad o ilegalidad y se concibe el poder como un instrumento para garantizar el cumplimiento de la ley. El segundo criterio, el del poder, conduce a distinguir las formas de gobierno de acuerdo con quién o quiénes gobiernan. En este caso, el derecho existe únicamente para limitar el poder de los gobernantes. Para Arendt, estos dos criterios han sido usados indistinta y simultáneamente por los pensadores de la tradición, a pesar de que, a su juicio, son incompatibles entre sí, porque “el poder en el primer caso surge como un *instrumento* para ejecutar la ley, y en el segundo caso la ley surge como un *instrumento* para mantener el poder controlado” (p. 294). Para ella, el uso de cualquiera de estos criterios implica que una de estas dos realidades carece de valor por sí misma, pues o bien el poder o bien el derecho se entienden como meros instrumentos, como males necesarios al servicio de la otra realidad humana que sería la considerada verdaderamente relevante<sup>9</sup>.

La autora lamenta que las formas de gobierno, tal y como han sido “formuladas y definidas por la tradición” (p. 295), como monarquía, aristocracia y democracia, o como gobierno constitucional o ilegal, derivan de estos dos pilares conceptuales. Para ella, el empeño por distinguir las formas de gobierno conforme al derecho y al poder ha lastrado la tradición del pensamiento político de modo que ésta se ha hecho impermeable a cualquier experiencia nueva, ya que toda forma política nueva ha podido ser clasificada dentro de alguna de las formas de gobierno antiguas: el gobierno de uno (monarquía), de unos pocos (aristocracia) o de la multitud (democracia), o bien en términos de su legalidad o ilegalidad. Así, la autora afirma que se da “el asombroso hecho de que ni una sola forma de gobierno nueva ha sido añadida en 2.500 años” (p. 295) y la riqueza de la historia política ha quedado reducida a unas pocas formas políticas entendidas como formas de *gobierno*.

Como se ha dicho, el primer propósito de la reflexión arendtiana es dar una respuesta a la pregunta acerca de dónde se introdujo el concepto de dominio o gobierno en la historia del pensamiento político. La autora comienza señalando que

<sup>7</sup> El capítulo llamado “La tradición y la época moderna”, contenido en esta obra, pertenece también a los manuscritos sobre Marx.

<sup>8</sup> En esta conferencia el término “poder” es normalmente sinónimo de dominio o gobierno de unos hombres sobre otros. Se relaciona con la investigación arendtiana sobre la introducción del concepto de dominio en la política. Si bien, cuando la autora comienza a hablar de Montesquieu hacia el final de la conferencia, el término “poder” adquiere el significado de “actuación concertada” que es como lo define la autora habitualmente en su obra (Arendt, 1973: 146).

<sup>9</sup> La autora sitúa aquí la política y la ley al mismo nivel de importancia. En Arendt (1997: 67 ss.) subraya que la política no puede considerarse simplemente una realidad que realiza “funciones” o un medio para unos determinados fines. Para ella es una realidad que tiene sentido en sí misma, un rasgo que en esta conferencia extiende al derecho.

la experiencia del gobierno no procedía originalmente de la esfera política sino de la esfera doméstica. Esta última estaba regida en la Antigüedad por el gobierno despótico sobre los esclavos que estaban sujetos al dominio de sus amos y se ocupaban de las necesidades estrictamente biológicas de estos. De este modo, una vez cubiertas sus necesidades biológicas, los déspotas domésticos podían disfrutar de la libertad de la esfera pública como ciudadanos. Por tanto, la esfera doméstica en la Antigüedad era un ámbito de dominio que garantizaba la vida pública en la *polis*. Es decir, el contenido de la política no era el dominio sino que éste era una condición necesaria para aquella.

La autora explica que lo que ocurrió para que la experiencia doméstica del dominio se confundiera con la política, fue que “los filósofos la superpusieron sobre las experiencias políticas reales cuando empezaron a formalizarlas y conceptualizarlas” (p. 305). Es decir, la gran tradición de los filósofos agregó una realidad ajena a la política al comenzar a teorizar acerca de la misma y conceptualizar las diversas formas políticas. Desde entonces lo político se vio con los ojos de Platón, como una forma de gobierno o dominio. De este modo surgió la clasificación de las formas políticas como formas de gobierno de unos seres humanos sobre otros. Así, a juicio de la autora, al confundir el dominio privado con el ámbito público se desvirtúa este último al tiempo que se produce una confusión entre ambas esferas, la privada y la pública<sup>10</sup>.

Además de poner en claro el origen de la experiencia del gobierno, la autora aborda el otro criterio tradicional de distinción de las formas de gobierno que es el derecho. Con ocasión de este segundo criterio clasificador la autora da cuenta de las que considera que eran las nociones de ley en la Antigüedad griega y romana. La primera de ellas es la noción de derecho positivo griego según la cual las leyes se conciben como límites que establecen los seres humanos entre sí con carácter previo a la política. Es decir, la ley es prepolítica, su aprobación queda fuera de toda deliberación y consenso, aunque se entiende como “una muralla o límite erigido por los hombres” (p. 297). Ya que, la ley a pesar de ser prepolítica no deja de ser convencional en el sentido de que tiene origen en una voluntad humana, aunque sea la voluntad de un hombre sólo. Lo peculiar de la ley positiva griega es que es vista como una manera de garantizar el recuerdo de las acciones de los individuos, algo que anteriormente había logrado la poesía. Es decir, el *nomos* —como las epopeyas de Homero en su momento— tiene un carácter inmortalizador que mantiene en la memoria de las generaciones las hazañas de los griegos. Es lo que la autora denomina años después el “recuerdo organizado” de los ciudadanos de la *polis*<sup>11</sup>.

El *nomos*, además de buscar la permanencia en la memoria de las hazañas de los ciudadanos, trata de compensar un problema que es común a todas las nociones de ley y a todos los pueblos. Y en este punto la autora aborda un tema central, que además constituye un problema en su pensamiento. La ley se enfrenta al hecho de que “cada nuevo nacimiento pone en peligro la continuidad de la comunidad política, porque con cada nuevo nacimiento nace potencialmente un mundo nuevo” (p. 296). Con esta afirmación la autora pone de manifiesto dos presupuestos muy recurrentes en su obra que conviene tener en cuenta. El primero es el hecho de que el nacimiento es el fundamento de la acción política, pues “con cada nuevo nacimiento nace potencialmente un mundo nuevo” y ese “mundo nuevo” potencial sólo aparece mediante la acción política, o mejor dicho, mediante los

<sup>10</sup> Este tema es muy recurrente y lo trata más adelante en Arendt (1993: 243 ss.).

<sup>11</sup> “La organización de la *polis*, físicamente asegurada por la muralla que la rodeaba y fisonómicamente garantizada por sus leyes [...] es una especie de recuerdo organizado” (Arendt, 1993: 220).

cambios que es capaz de lograr el agente cuando actúa. Para Arendt, en la medida en que hemos nacido, somos un nuevo inicio en el mundo y, por ello, somos capaces de llevar a cabo también nosotros “nuevos inicios”, acciones novedosas e inesperadas en el mundo en que vivimos. La autora señala que el nacimiento es el “apuntalamiento ontológico” (Arendt, 1984: 496) de la capacidad humana de acción política.

El segundo presupuesto resulta de poner en relación la acción así entendida con la ley. De esta relación surge el problema mencionado. Al reflexionar sobre la acción en cuanto actividad innovadora y capaz de dar lugar a “un mundo nuevo” se pone de manifiesto el peligro potencial que ésta supone para el mantenimiento del mundo común que comparten los seres humanos y para la continuidad de cualquier comunidad política. Por eso es necesaria la ley que tiene un carácter conservador, es decir, es aquello que da continuidad a la comunidad por encima del continuo peligro de la acción política, actuando como un límite a la misma. Este límite a la acción se ha de entender como aquello que da cauce para que la misma tenga lugar y se desarrolle. Es decir, la ley tiene que cumplir su propósito de conservar la comunidad a pesar de la acción política, al tiempo que garantiza que dicha acción tenga lugar con ciertos límites. De acuerdo con Arendt, el cambio no está previsto en las leyes, ni puede lograrse mediante la ley, ya que ésta es el “factor estabilizador de algo que por sí mismo está vivo y se mueve” (p. 301). Y ese algo que “está vivo y se mueve” no es la ley sino la acción. La acción es la actividad humana que puede lograr que se produzcan cambios, éstos son el resultado de una “acción extralegal”<sup>12</sup>. Al hablar de “acción extralegal” la autora pone de manifiesto que la acción política tiende a romper los límites de lo jurídico. En este mismo sentido, la autora indica que “las limitaciones de la ley nunca son por entero salvaguardas confiables contra la acción dentro del cuerpo político”<sup>13</sup>. Así pues, la acción política con su capacidad para dar lugar a un “mundo nuevo” y el derecho positivo que trata de perpetuar el mundo ya existente y la estabilidad de la comunidad política, se encuentran, en cierto modo, enfrentados. Y estos dos elementos, la acción y el derecho, tienen el mismo valor como se adelantaba, ya que ni el derecho, ni el poder, pueden concebirse como meros instrumentos el uno del otro. Por ello es fundamental buscar una solución o un equilibrio a este conflicto. Un equilibrio a la paradoja de que Arendt es al mismo tiempo “una institucionalista que propone el Estado de Derecho, y una anti-institucionalista agonista o democrática radical” (Smith (2010: 106). Esta conferencia arroja luz sobre el modo en que se plantea este problema, así como sobre la posible salida al mismo, como se verá más adelante.

En la conferencia, Arendt concluye su reflexión sobre las leyes señalando que el criterio del derecho para clasificar las formas de gobierno en la tradición se asimiló con el del poder entendido como gobierno o dominio. Arendt sostiene que Kant, con su filosofía moral representa una concepción de la ley que, al modo de la sentencia de Píndaro (“la ley es la que gobierna todas las cosas”), lo gobierna todo, alcanzando incluso la interioridad de la conciencia humana (p. 299). Con ello, a juicio de Arendt, “los dos pilares conceptuales” que la tradición ha utilizado, se identifican en uno solo con el dominio. Es “la posición en la que el gobierno y la ley

<sup>12</sup> “El cambio es siempre el resultado de una acción extralegal” (Arendt, 1973: 87).

<sup>13</sup> “Las limitaciones de la ley nunca son por entero salvaguardas confiables contra la acción dentro del cuerpo político”. “La acción [...] tiene una inherente tendencia a forzar todas las limitaciones y cortar todas las fronteras. Las limitaciones y fronteras existen en la esfera de los asuntos humanos, pero nunca ofrecen un marco que pueda soportar el asalto con el que debe insertarse en él cada nueva generación [...] las leyes que protegen y hacen posible su existencia política, son de tan gran importancia porque ninguno de tales principios limitadores y protectores surge de las actividades que se dan en la propia esfera de los asuntos humanos” (Arendt, 1993: 214).

realmente coinciden” (p. 299). Es decir, la política y las leyes coinciden al ser dos formas distintas de dominio, ya sean los hombres o las leyes las que gobiernen. Para la autora, esta identificación tradicional del derecho y el poder con el dominio implica una mala comprensión de las dos esferas en la que, como se ha dicho, o bien el poder o bien las leyes son meros instrumentos al servicio de la otra realidad. Frente a las nociones tradicionales de derecho y poder, la autora se inspira en la Antigüedad griega y romana que ofrece unas nociones de derecho y poder que en nada se asemejan, a su juicio, a la noción de mandato-obediencia<sup>14</sup>.

### 3. Montesquieu: una política de los principios

Una vez señalado el proceso mediante el que la tradición de la filosofía cambió la forma de concebir el derecho y el poder para pensarlos en términos de dominio, Arendt puede dar a conocer la alternativa de Montesquieu a la tradición. Para la autora, el pensador francés formuló “los grandes problemas del pensamiento político” y su “descubrimiento” más profundo fue haber percibido que cada forma de gobierno está dotada de una estructura particular que necesita de un principio diferente para ponerse en movimiento (p. 299). Es decir, las formas de gobierno no sólo tienen una naturaleza estática determinada por quién gobierna sobre quién — como sostiene la tradición —, sino que tienen un dinamismo: requieren de un movimiento. Y lo que logra ese movimiento es un principio que es propio de cada forma de gobierno e inspira las acciones de toda la esfera público-política<sup>15</sup>.

Como para el pensador francés, para Arendt los principios tienen un “extraordinario significado” en el ámbito político<sup>16</sup>. Hay en ella una suerte de política de los principios (Canovan (1995: 198). Desde su punto de vista, la acción política libre “se nutre constantemente” (Arendt (1997: 134) de ellos como una fuente de inspiración. De unos principios caracterizados por su generalidad. Es decir, que se distinguen de las metas particulares de las acciones concretas que se agotan cuando la acción ha terminado. Los principios son inagotables. Estas guías de la acción proceden de fuera, de un espíritu general del pueblo, no del interior del yo. Arendt esboza lo que entiende por principios en un fragmento de su artículo “¿Qué es la libertad?”:

<sup>14</sup> “Cuando la Ciudad-Estado ateniense llamó a su constitución una isonomía o cuando los romanos hablaban de la *civitas* como su forma de gobierno, pensaban en un concepto del poder y de la ley cuya esencia no se basaba en la relación mando-obediencia” (Arendt, 1973: 143).

<sup>15</sup> Arendt señala que Montesquieu distingue entre naturaleza y principio en cada forma de gobierno, la primera se refiere a quien gobierna a quien al modo tradicional, y la segunda a “lo que pone en movimiento” la forma de gobierno que “en sí misma está muerta” (p. 300). La autora se refiere a esta distinción entre naturaleza y principio para destacar el segundo frente al énfasis tradicional en la naturaleza y la convicción de que los regímenes políticos son estáticos.

A medida que avanza la conferencia y es Arendt la que propone una clasificación de las formas políticas, la referencia a la “naturaleza” deja de aparecer porque a ella lo que le interesa son las formas políticas en cuanto fenómenos. Aunque de esos fenómenos que son las acciones y experiencias de cada comunidad la autora extrae una “esencia” que es precisamente el principio fundamental de cada forma de convivencia como se verá más adelante. Este principio sólo es relevante en cuanto aparece en el mundo mediante la acción o la palabra. Y de esta aparición en el mundo la autora extrae una esencia de cada forma política. Arendt (1996: 165). No sin razón se habla del “esencialismo fenomenológico” de Arendt en Benhabib (2003: 123-127).

<sup>16</sup> En Arendt (1997: 134), la autora señala, como reservando un desarrollo posterior de esta política centrada en los principios: “tendremos que hablar más tarde del extraordinario significado de estos principios que mueven al hombre a la acción y de los que ésta se nutre constantemente”. La traductora indica que esto puede ser una referencia a un capítulo que planeaba sobre la “Pluralidad en las formas de estado” (Arendt, 1997: 134), de su libro inédito “Introducción a la política”. En vez de un capítulo sistemático sobre los principios inspiradores, Arendt ha legado muchas y muy dispersas referencias a su concepción de los principios.

En la medida en que es libre, la acción no está bajo la guía del intelecto ni bajo el dictado de la voluntad (aunque necesita de ambos para llegar a cualquier fin particular), sino que surge de algo por completo diferente que, siguiendo el famoso análisis de las formas de gobierno hecho por Montesquieu, llamaré principio.

Los principios no operan desde dentro del yo como lo hacen los motivos [...] se inspiran desde fuera, y son demasiado generales para indicar metas particulares, aunque cada fin particular se puede juzgar a la luz de este principio<sup>17</sup>.

De acuerdo con Montesquieu, cada forma de gobierno tiene un principio fundamental o *motor* que la impulsa, que la pone en movimiento. Y ello con independencia de que se den otros principios en dicha comunidad que no sean fundamentales o motores, pero que sean igualmente inspiradores de las acciones. Así, por ejemplo, en la monarquía la experiencia política preponderante es la distinción, lo que quiere decir que “solamente puedo establecer mi unidad como persona midiéndome frente a todos los demás” (p. 302). Es decir, el modo con que uno actúa en el ámbito público le lleva a ganar el reconocimiento de los otros y al mismo tiempo a establecer su propia unidad como persona, su propio yo. Según explica Arendt siguiendo al pensador francés, a raíz de esta experiencia surge el principio fundamental o motor de la monarquía que es el honor que entraña ese afán por distinguirse. Esto significa que el principio del honor inspira de manera general las acciones que tienen lugar en la comunidad. Su carácter de principio motor se pone de manifiesto en que cuando éste pierde su autoridad y las acciones ya no se inspiran de modo general en él, la comunidad como tal llega a su final. Porque ese principio inspirador o motor es lo que “pone en movimiento” la comunidad, en este caso la monarquía. Pero, como se adelantaba, el principio fundamental no excluye que se den en la monarquía otros principios inspiradores de las acciones distintos del principio fundamental del honor.

286

Respecto al régimen republicano, de acuerdo con Montesquieu, en éste la experiencia fundamental que constituye a la comunidad como tal es la experiencia de vivir juntos ciudadanos *igualmente* poderosos. Y las acciones de estos tienen su inspiración en un principio fundamental que el pensador francés considera derivado de esta experiencia, que es el principio inspirador de la “virtud” entendida como patriotismo o virtud política<sup>18</sup>. Por último, en la forma de gobierno pervertida que es la tiranía, el principio que inspira la acciones es el temor.

#### 4. La pluralidad de experiencias políticas y su combinación

Una vez esbozadas las formas de gobierno de acuerdo con Montesquieu y situadas en primer plano de la reflexión las experiencias políticas, los principios y las acciones, la autora puede perfilar una taxonomía de las formas de gobierno alternativa a la tradicional. Una taxonomía alternativa que no coincide exactamente con la del francés pero que está profundamente inspirada en él. En ella, como en la de éste, lo distintivo de cada forma política es quiénes viven juntos —por ello utiliza el término “formas de *convivencia*”— y qué experiencia y qué principio fundamental les mantiene unidos, no quién gobierna sobre quién como en las formas de *gobierno*. En esta clasificación alternativa Arendt distingue tres formas políticas: el

<sup>17</sup> “¿Qué es la libertad?”, en Arendt (1996: 164).

<sup>18</sup> “No se trata de una virtud moral ni tampoco de una virtud cristiana, sino de la virtud política” dice Montesquieu. Lo que denomina “virtud” republicana es el amor a la patria como amor a la igualdad de los ciudadanos. El pensador francés precisa que esto no supone descartar la virtud moral o cristiana, lo que quiere decir es que esta virtud política es algo distinto a aquellas, es “el resorte que pone en movimiento al Gobierno republicano, del mismo modo que el honor es el resorte que mueve la monarquía” (Montesquieu, 1980: 49).

reino, la aristocracia y la república frente a la monarquía, la aristocracia y la democracia de la taxonomía tradicional.

El hecho de que la autora denomine a esta clasificación alternativa como la de las formas de convivencia y no de gobierno, no significa necesariamente que el gobierno no exista en ellas en el espacio político, sino que, exista o no, nunca es lo determinante o el criterio distintivo de una forma política u otra. El gobierno no es la experiencia central de la política. Para ella, esta tipología de las formas de convivencia supone una visión de la política diametralmente distinta a la tradicional, aunque a su juicio, lamentablemente dicha tipología alternativa no tuvo influencia y fue absorbida y reemplazada por la tradición de la filosofía política.

De acuerdo con Arendt, la clasificación de las formas de *convivencia* —el reino, la aristocracia y la república— se basa en experiencias políticas reales de la Antigüedad. La distinción entre ellas surge del discernimiento de cuál es la experiencia política fundamental de cada una. Para la autora, las experiencias políticas reales son el elemento distintivo de la política y el criterio mediante el que se distingue una forma política de otra. La primera de estas formas de convivencia es el reino que se basa en la experiencia del reino griego de la edad heroica, una época anterior a la constitución de las ciudades autónomas griegas. En dicho momento el rey no es un dominador, como lo es en experiencias políticas posteriores, sino un *primus inter pares*, el primero entre sus iguales. La experiencia distintiva del reino o su experiencia fundamental es la acción. El hecho de que éste “descansa en la experiencia de la acción en el sentido general de comenzar algo nuevo” (p. 306). Es decir, la acción es el principio fundamental o motor del reino, “aquel que pone en movimiento” esta forma de convivencia. Por tanto, el reino sólo existe mientras dura una determinada empresa o gesta que ha unido para actuar juntos a aquellos que constituyen la comunidad. Una empresa que, como lo fue la guerra de Troya, es extraordinaria. Este carácter excepcional de las acciones reales imposibilita que la experiencia del reino sea susceptible de darse de un modo cotidiano o de durar largo tiempo.

El hecho de que Arendt señale que en el reino la acción como tal es la experiencia fundamental parece no añadir nada o confundir al lector, pues se ha subrayado anteriormente la importancia de la acción en toda la esfera de la política de cualquier comunidad. Ahora bien, el hecho de que en el reino la acción sea la experiencia fundamental —la que “pone en movimiento” esta forma de convivencia— hace ver que para Arendt este tipo de acción tiene un sentido paradigmático. Se podría decir que es la acción política en su forma pura.

La segunda forma de convivencia se basa en un momento histórico posterior al del reino griego que es el de la aristocracia de la *polis*. En ésta, la experiencia fundamental es la distinción mediante la que cada ciudadano se “revela” ante los otros o constituye su yo ante los demás miembros de la *polis*. Esta experiencia aristocrática de la distinción es aquella que Montesquieu atribuía a la monarquía. Para la autora, a diferencia de la experiencia de la acción “real” del reino, la distinción como experiencia fundamental supone una actuación diaria y una “deliberación constante” (p. 309). Por tanto, la aristocracia no descansa en experiencias de acción extraordinarias, como las gestas bélicas del reino, sino en la deliberación y la distinción cotidianas entre ciudadanos. Debido a esta cotidianidad de su experiencia fundamental, la aristocracia tiene, en principio, posibilidad de ser más duradera que el reino. Sin embargo, parece que esta durabilidad no resultó fácil de lograr en la realidad, pues sus mismos “rasgos aristocráticos, el individualismo

temerario del *aristoeuein* a toda costa, llevaron a la *polis* a su perdición, porque hizo casi imposibles las alianzas entre *poleis*" (p. 308)<sup>19</sup>.

La contrapartida a este individualismo extremo de la *polis* es la tercera forma de convivencia, que se basa en la república romana en la que "el *salus rei publicae*, el bienestar que todos tenemos en común, era siempre puesto conscientemente por encima de la gloria individual" (p. 309). Así, en la república romana la actividad principal no está centrada en el yo sino en el "cuidado vigilante de la fundación de Roma y de sus leyes" (p. 309). La autora caracteriza la república como aquella forma de convivencia que logra ser duradera porque no está fundada ni en la acción extraordinaria como el reino, ni en la distinción individualista como la aristocracia, sino en la igualdad y el cuidado de las leyes. Ahora bien, la república también tiene su peculiar inconveniente y es que los ciudadanos no logran "revelarse a sí mismos", es decir, constituir su individualidad irrepetible como en la aristocracia.

Tras señalar los rasgos positivos y negativos de las formas de convivencia, la autora señala que éstas se pueden combinar en una misma comunidad con el llamado "gobierno mixto". Arendt explica éste de un modo peculiar. Considera que el gobierno mixto es el resultado de vincular las tres experiencias políticas fundamentales: la acción, la distinción y la igualdad. De hecho, a su juicio, el espíritu de igualdad y de distinción no se dan exclusivamente en la república y en la aristocracia sino que son "experiencias básicas de toda vida humana comunitaria" (p. 302)<sup>20</sup>. Así, de acuerdo con Arendt, el gobierno mixto no significa otra cosa que la integración de "las tres experiencias fundamentales que caracterizan a los hombres en la medida en que viven juntos y existen en pluralidad" (p. 310). Es decir, la combinación del "amor por la igualdad" de la repúblicas, el "amor por la distinción" de las aristocracias —una combinación que, a juicio de la autora, Montesquieu ya llevó a cabo<sup>21</sup>—, así como la integración de estas dos en la facultad "real" de la acción (p. 310). Esta preferencia de Arendt por el gobierno mixto y las posibilidades y desventajas de cada una de las formas de convivencia que la autora presenta, ponen de manifiesto que no se decanta en exclusiva por ninguna de ellas: ni por la acción real, ni por la republicana, ni por la acción deliberativa-agonal, pues deja claro que quiere integrar las tres experiencias políticas fundamentales: la acción pura, la igualdad y la distinción.

<sup>19</sup> La autora aventura que el modo de concebir el derecho en Grecia, de acuerdo con esos rasgos aristocráticos, pudo ser una de las causas de la desaparición política del mundo griego. Arendt (1997: 127). Este temor se repite en *La condición humana* donde se subraya que el espíritu agonal es la causa tanto del genio de Atenas como de su rápida decadencia (1993: 219-220). Esta impotencia del *nomos* para lograr la estabilidad se basa, en última estancia, en el desconocimiento griego de la importancia política de la capacidad de hacer promesas. Un desconocimiento que deriva, por un lado, del carácter prepolítico del *nomos*, y por el otro, probablemente de una incompatibilidad entre el individualismo y la capacidad política de hacer promesas, esencial para Arendt. Una capacidad que logra la duración del mundo humano y de las relaciones interpersonales que en él se establecen. Véase la importancia de la promesa en Arendt (1993: 262-265); y su desarrollo posterior en Arendt (2004: 233-241).

<sup>20</sup> Esto sigue en la línea de Montesquieu para quien las experiencias fundamentales (o motores) de cada comunidad política no son experiencias exclusivas o excluyentes. Por eso son "fundamentales" porque puede haber otras experiencias distintas, no fundamentales, que estén igualmente presentes en la comunidad política. Así, señala que "aunque la virtud política sea el resorte de la República, el honor se encuentra también en ella", Montesquieu (1980: 49). Arendt lleva esta afirmación más allá y esta combinación de la igualdad y la distinción resulta sumamente interesante para arrojar luz sobre otros textos de la pensadora alemana.

<sup>21</sup> Es clara la combinación de la distinción y de la igualdad en el Parlamento que propone Montesquieu basándose en la Constitución inglesa en la que "el poder legislativo se confiará al cuerpo de nobles y al cuerpo que se escoga para representar al pueblo". Es decir, el legislativo es bicameral, formado por la cámara de los Lores y la de los Comunes, que es probablemente en lo que piensa Arendt (1980: VII, 6) cuando habla de combinación entre distinción (aquí, nobiliaria) e igualdad (aquí, del pueblo).

En referencia a aquellos autores que, situados fuera de la tradición como Montesquieu, valoraron la posibilidad de un gobierno mixto, Arendt destaca a Aristóteles y en especial a Cicerón (p. 303) —la autora también cita a Tucídides, pero obvia la constitución mixta de las *Nomoi* de Platón—. Arendt comparte con Aristóteles y Cicerón la preocupación por encontrar un régimen que pueda durar. Y el régimen que encuentra es el gobierno mixto, como ellos. Un régimen que surge de una combinación de elementos tomados de las tres formas políticas (Aristóteles, 2005: 1265b33; Cicerón, 1992: I, 41; Arendt, 2004: 307).

De este modo, frente a las formas de gobierno tradicionales que, a juicio de Arendt, se excluyen entre sí, las formas de convivencia son combinables y permiten el gobierno mixto. Las primeras no se pueden combinar porque el gobierno no puede estar en manos de uno, de unos pocos y de la multitud al mismo tiempo. Frente a esta disyuntiva de la tradición se da el carácter copulativo e incluyente de las formas de convivencia. Esto que, en la Antigüedad se denomina gobierno mixto, en la Edad Moderna tiene una versión revisada con la división de poderes en tres ramas que hizo célebre a Montesquieu.

El gobierno mixto tal y como lo formula Arendt, como combinación de las tres experiencias políticas fundamentales —acción, distinción e igualdad— conduce de nuevo a la tensión entre acción y derecho a la que se ha hecho referencia. Difícilmente la teoría de la acción de Arendt puede combinarse con su concepción de las leyes superando la tensión que hay entre ambas realidades sin que estas pierdan sus rasgos distintivos. Es especialmente patente esta tensión cuando Arendt presenta la experiencia del reino como la acción pura o acción política paradigmática. Los rasgos de este tipo de acción, exemplificada con la acción que se desarrolla en la guerra de Troya, ponen de manifiesto hasta qué punto hay una tensión entre la acción y la estructura jurídica, ya que esta acción guerrera como fundamento de una forma de convivencia es incompatible con cualquier estructura jurídica. Por ello, se hace especialmente comprensible el término que se ha acuñado respecto a la concepción arendtiana de acción como “política impolítica” (Canovan (1995: 148). Es decir, la acción es “política” en el sentido de que constituye una novedad, es un “nuevo inicio” como rasgo central en la política. Ahora bien, al mismo tiempo es “impolítica”, porque precisamente por ser innovadora, la acción puede poner en peligro la estabilidad del marco institucional o legal dentro del que se desarrolla. Ya que la acción tiene que ver con el cambio y la transgresión de límites como se señalaba, el cambio es “extralegal”, se da fuera o en el límite de lo que es acorde al derecho (Arendt, 1973: 87).

De ahí que Canovan afirme que a Arendt “la acción, propiamente dicha [...] le parecía algo realmente demasiado anárquico para ser completamente compatible con cualquier estructura política estable” (Canovan, 1995: 137). Esto se hace patente en la descripción que lleva a cabo Arendt del reino, en el que la acción que allí tiene lugar está desligada de toda estructura institucional. En el reino los hombres se unen para llevar a cabo algo juntos y en el momento que llevan a término esa empresa que los ha unido, se separan. Al subrayar que la acción no es algo cotidiano en el reino, sino que, al modo homérico se entiende como una gesta extraordinaria que se da en momentos muy puntuales, pone de manifiesto que la acción por sí misma carece de durabilidad y que el derecho propiamente dicho no tiene relación con ella. Se podría decir que la acción “real” como acción pura o paradigmática se opone esencialmente al carácter estabilizador o conservador de las leyes. En este sentido puede afirmarse que la acción pura más que “política impolítica” es más exactamente “política injurídica”, pues allí donde hay una

estabilidad jurídica como en la aristocracia de la *polis* o en la república romana, la experiencia de la acción pura no es la experiencia política fundamental.

Ahora, si con la intención de formar un gobierno mixto se pone en relación la acción real —y, en menor medida la acción agonal— con la experiencia republicana, aparecen los problemas. Ya que en la república la experiencia de la igualdad conduce al cuidado del pasado, tanto del momento fundacional como de las leyes. Es decir, la acción en la república está orientada a conservar. La dificultad del gobierno mixto radica en el modo en que se integra la acción real innovadora con esta experiencia conservadora republicana. El gobierno mixto trataría de combinar tres modos de entender la política muy distintos. Dos de ellos diametralmente opuestos: la acción real griega, innovadora, extraordinaria e impredecible y la acción republicana romana que es conservadora de las leyes y de la fundación de la ciudad.

Este intento de combinación se puede expresar en términos actuales como el intento de combinar la democracia y la constitución. O, desde el punto de vista arendtiano, entre existencialismo y republicanismo: como la combinación de su preocupación existencial por el yo con su preocupación republicana por el cuidado conservador de la ciudad<sup>22</sup>.

Se puede apuntar como una posible salida a esta tensión, la que la propia autora ofrece en *Sobre la revolución* y en “Desobediencia civil” al presentar la manera en que se constituye la república de Estados Unidos. Como también subraya en la conferencia, la republicana es una forma de convivencia especialmente apta para la constitución mixta. Por ello, la antigua Roma y Estados Unidos están tan estrechamente relacionadas para ella<sup>23</sup>. Arendt señala en repetidas ocasiones que Estados Unidos no es una democracia, sino una república. Y eso no sólo significa que el pueblo —y no una mayoría del mismo—, detenta el poder, sino que, en la república americana se logra un cierto equilibrio entre dicho poder y la constitución, entre la acción y la estabilidad que todas las comunidades necesitan<sup>24</sup>. Para la autora no es una solución carente de imperfecciones, pero se cuenta entre las más relevantes políticamente para ella. Al referirse al fenómeno de la desobediencia civil que tiene lugar en la república americana, la autora articula de forma más concreta este equilibrio entre democracia y Estado de Derecho. La desobediencia civil como forma de acción política, representa paradójicamente, no sólo la preocupación por la acción innovadora sino también la preocupación por la estabilidad<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Seyla Benhabib (2000: 127 ss.) distingue dos dimensiones fenomenológicas del ámbito público en la obra de Arendt, que bien pueden relacionarse con Grecia y Roma respectivamente. La primera, el ámbito público como “espacio de aparición” es una dimensión que se da bastante comúnmente y que se identifica con un tipo de acción agonal en la que lo central es la distinción y la expresión del yo a la vista de otros miembros de la comunidad. La segunda se refiere a un ámbito público entendido como “mundo común”, es decir, duradero, en el que tiene lugar la acción comunicativa puesta de manifiesto fundamentalmente en la capacidad humana de hacer promesas. Aunque Benhabib no lo subraya, la capacidad de hacer promesas con objeto de dar durabilidad al cuerpo político es un logro y un “descubrimiento” romano de acuerdo con Arendt (2004: 234 ss.).

<sup>23</sup> En *Sobre la revolución* la autora señala expresamente que los revolucionarios norteamericanos tuvieron como modelo “la república romana y [...] la grandeza de su historia” (Arendt, 2004: 210).

<sup>24</sup> En *Sobre la revolución* es manifiesto que Arendt considera la idoneidad del gobierno mixto de la república americana frente a la forma pura de la democracia francesa de inspiración rousseauiana.

<sup>25</sup> Según dice acertadamente Verity Smith (2010: 106), en el fenómeno de la desobediencia civil tal y como la entiende Arendt, “podemos ver estos dos lados juntos”, al ser “una actividad que media entre la necesidad de cambio y la necesidad de estabilidad”. Esta combinación está estrechamente relacionada, de nuevo, con la influencia de Montesquieu en el artículo de Arendt (1973) al que se refiere Smith, llamado “Desobediencia civil”.

## 5. El paradigma romano del *ius gentium*

Conviene señalar brevemente un último aspecto relevante de la conferencia, que se refiere a las referencias de Arendt al *ius gentium* romano. Éste completa el cuadro de los rasgos que ha de tener el derecho para la autora. El derecho de gentes es un derecho incluyente, no excluyente. Es aquel que logra ampliar sus propios límites mediante pactos o alianzas entre ciudades distintas.

Como ha quedado dicho, la república romana es la forma política específicamente duradera de acuerdo con la autora. Para ella, dicha duración deriva de que la experiencia política romana se centra en la conservación del derecho y en la capacidad de los romanos para llegar a acuerdos y establecer pactos con otros pueblos. En las relaciones de Roma con otras ciudades, el derecho que se establece se denomina *ius gentium*, pues es “una ley erigida entre pueblos distintos cuyas ciudades prescribían diferentes leyes civiles” (p. 298). Para Arendt este tipo de ley tiene un carácter horizontal ya que establece relaciones entre pueblos distintos que mantienen sus propias leyes. No ‘gobierna desde arriba’ en un sentido vertical u homogeneizador. El derecho no se concibe como una forma de dominio al modo tradicional sino como aquello que relaciona a los seres humanos o a las ciudades entre sí. Este derecho de gentes se entiende como “los canales específicos de comunicación y relación que son necesarios *entre ciudades, entre un código jurídico y otro*” (p. 299). La autora contrasta este derecho de gentes romano con la incapacidad griega para establecer relaciones entre ciudades. En concreto, la autora considera que el modo griego de concluir las guerras es especialmente terrible, por lo que habla de “la específica crueldad de la historia griega” (p. 310)<sup>26</sup>. A juicio de la autora, como los griegos desconocían tanto la práctica de llegar a acuerdos con los enemigos derrotados al modo romano como la de establecer un gobierno sobre estos al modo tradicional, se vieron abocados a la aniquilación de los enemigos como modo de concluir las guerras (p. 310)<sup>27</sup>.

Frente a esta inmadurez griega en lo que se refiere a las relaciones políticas hacia el exterior, Roma aporta una solución propiamente política: el establecimiento de alianzas con los enemigos derrotados, dando lugar a confederaciones. Así, la autora se decanta por esta experiencia romana que logra reconciliar a los enemigos entre sí logrando un nuevo marco de convivencia más amplio. Para ella, la noción romana del poder, a diferencia de la griega, está abierta al exterior, ya que “se expresa en el establecimiento de ámbitos públicos concretos entre Roma y sus vecinos” (p. 310).

Arendt insiste en muchas ocasiones en que para Montesquieu las leyes eran *rapports*, aquello que establece relaciones entre las cosas (Arendt, 2004: 203, 260; 1984: 477). En este sentido entendió también ella el Derecho romano como aquello que establece relaciones entre personas, no sólo en el interior de la *civitas*, sino también en el exterior. Lo que Arendt lamenta es que esta noción de derecho no fue

<sup>26</sup> Esto desmiente una vez más la acusación común de idealización de la *polis* que se dirigía a Arendt hace algunos años en detrimento de una visión unitaria de su pensamiento y de otras experiencias políticas que la propia autora destaca. Una visión de la autora que, además, parecía olvidar las tensiones que hay en el mismo, al poner énfasis exclusivamente en la importancia de Grecia y la acción agonal. Taminiaux (2008) ha desmentido con claridad la supuesta idealización de Arendt de la Antigüedad griega y señala que, por el contrario, la autora se inclina más bien, muchas veces, por la experiencia política romana.

<sup>27</sup> Arendt coincide nuevamente con Montesquieu. Éste afirma en términos muy similares: “entre los griegos, los habitantes de una ciudad tomada perdían la libertad civil y eran vendidos como esclavos; la toma de una ciudad llevaba consigo su total destrucción”, y habla del “abominable derecho de gentes” griego (Montesquieu, 1980: XXIX, 14).

tenida en cuenta por la tradición de pensamiento político a pesar de que es una solución propiamente política a los conflictos que se producen entre comunidades.

Basta lo dicho como un esbozo acerca de la tensión entre acción y derecho en Arendt y una aproximación a la influencia de Montesquieu. El pensador francés es una referencia constante en toda la obra de la autora<sup>28</sup>, aunque a pesar de su importancia los intérpretes de Arendt no le han prestado toda la atención que merece<sup>29</sup>. Probablemente, una de las razones de haber pasado por alto esta influencia es que escritos como el que aquí se presenta en lengua española, eran desconocidos hasta hace poco tiempo entre los lectores de Hannah Arendt.

## Bibliografía

- AMIEL, A. (1998), "Hannah Arendt lectrice de Montesquieu", *Revue Montesquieu*, Núm. 2, pp. 119-138.
- ARENDT, H. (1953a), "Ideology and Terror", *Review of Politics*, Núm. 3, pp. 303-327.
- ARENDT, H. (1953b), "Understanding and Politics", *Partisan Review*, Núm. 20, pp. 377-392.
- ARENDT, H. (1973), *Crisis de la república*, Taurus, Madrid.
- ARENDT, H. (1984), *La vida del espíritu*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ARENDT, H. (1993), *La condición humana*, Paidós, Barcelona.
- ARENDT, H. (1995), *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona.
- ARENDT, H. (1996), *Entre el pasado y el futuro*, Península, Barcelona.
- ARENDT, H. (1997), ¿Qué es la política?, Paidós, Barcelona.
- ARENDT, H. (2002a), *Denktagebuch: 1950 bis 1973* Piper, Múnich.
- ARENDT, H. (2002b), "Karl Marx and the Tradition of Western Political Thought", *Social Research*, Vol. 69, Núm. 2, pp. 273-319.
- ARENDT, H. (2004), *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid.
- ARENDT, H. (2005), *Ensayos de comprensión 1930-54*, Caparrós, Madrid.
- ARENDT, H. (2006a), *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza editorial, Madrid.
- ARENDT, H. (2006b), *Diario filosófico: 1950-1973*, Herder, Barcelona.
- ARENDT, H. (2007a), *Karl Marx y la tradición del pensamiento político occidental*, Encuentro, Madrid.
- ARENDT, H. (2007b), "The Great Tradition I. Law and Power", *Social Research*, Nueva York, Núm. 3, pp. 713-726.
- ARENDT, H. (2007c), "The Great Tradition II. Ruling and Being Ruled", *Social Research*, Nueva York, Núm. 4, pp. 941-954.
- ARENDT, H. (2008), *La promesa de la política*, Paidós, Barcelona.
- ARENDT, H. y HEIDEGGER, M. (2000), *Correspondencia 1925-1975 y otros documentos de los legados*, Herder, Barcelona.
- ARISTÓTELES (2005), *Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

292

<sup>28</sup> Entre los textos publicados de Arendt su influencia es explícita en los escritos "Ideología y terror" (1953a), un artículo que adquiere tal relevancia que se incorpora como el último capítulo de *Los orígenes del totalitarismo* desde la edición de 1958; "Comprensión y política" (1953b) recogido posteriormente en Arendt (2005) y "La revisión de la tradición por Montesquieu" incluida en Arendt (2008). Además de en Arendt (1973 y 2004). La autora acude en muchas ocasiones a la obra del pensador francés cuando trata cuestiones problemáticas o se enfrenta a tensiones fundamentales dentro de su propio pensamiento.

<sup>29</sup> Como ha señalado Kohn (2007a: 2). Sin embargo, hay algunas excepciones como Canovan (1995), Forti (1996), Amiel (1998), Casadei (2005). Más recientemente, Smith (2010), es la autora que ha comprendido la influencia del francés en todo su peso. Para la numerosa bibliografía secundaria sobre Arendt y la estrecha relación de ésta con Montesquieu, el número de publicaciones dedicadas a la relación entre ambos sigue siendo escaso.

- BENHABIB, S. (2003), *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, Rowman & Littlefield, Oxford.
- CANOVAN, M. (1995), *Hannah Arendt. A Reinterpretation of Her Political Thought*, Cambridge University Press.
- CASADEI, T. (2005), "Il senso del 'limite': Montesquieu nella riflessione di Hannah Arendt", *Montesquieu e i suoi interpreti*, Edizioni ETS, Pisa.
- CICERÓN, M.T. (1992), *Sobre la república*, Tecnos, Madrid.
- FORTI, S. (1996), "Il podere centro il dominio: la politica secondo Hannah Arendt". En *Percorsi della libertà*, Il Mulino, Bolonia.
- KOHN, J. (2007a), "Guest Editor's Introduction", *Social Research*, Nueva York, Vol. 74, Núm. 3, pp. xiii-xxi.
- KOHN, J. (2007b), "Guest Editor's Introduction", *Social Research*, New York, Vol. 74, Núm 4, p. xvii-xxxii.
- MONTESQUIEU (1980), *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.
- SMITH, V. (2010), "Dissent in Dark Times. Hannah Arendt on Civil Disobedience and Constitutional Patriotism", en BERKOWITZ, R., KATZ, J. y KEENAN, T., *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics*, Fordham University Press, Nueva York.
- TAMINIAUX, J. (2008), "Performatividad y grecomanía", en BIRULÉS *et al.*, *Hannah Arendt, El legado de una mirada*, Sequitur, Madrid.
- TOCQUEVILLE, A. (1989), *La democracia en América*, Aguilar, Madrid.
- YOUNG-BRUEHL, E. (2006), *Hannah Arendt. Una biografía*, Paidós, Barcelona.

## La gran tradición (1953)<sup>1</sup>

Hannah Arendt

### 1. Derecho y poder

Desde Platón, todas las definiciones tradicionales de la naturaleza de los distintos tipos de gobierno se han basado en dos pilares conceptuales: el derecho y el poder. Las diferencias entre las diversas formas de gobierno dependían de la distribución del poder: de si un hombre solo o los ciudadanos más distinguidos o el pueblo poseían el poder de gobernar. Se juzgaba la naturaleza buena o mala de cada una de estas formas, de acuerdo con el papel que jugaba el derecho en el ejercicio del poder: el poder legal era bueno y el ilegal era malo. Sin embargo, el criterio del derecho como vara de medir el gobierno bueno o malo fue reemplazado muy pronto, ya en la filosofía política de Aristóteles, por el concepto totalmente diferente del interés, con el resultado de que el gobierno malo se convirtió en el ejercicio del poder en interés de los gobernantes y el gobierno bueno en el uso del poder en interés de los gobernados. Los tipos de gobierno, enumerados de acuerdo con el principio del poder, no cambiaron en ninguno de los casos, pues siempre hubo tres formas básicas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia. Y las correspondientes tres perversiones básicas de las mismas: la tiranía, la oligarquía y la oclocracia (el gobierno del populacho). Con todo, el pensamiento político moderno es responsable de exagerar y malinterpretar la concepción aristotélica de interés: el *dzén kai eudzén* que no es todavía la orden que “manda el rey” (como el Cardenal Rohan expresó mucho más tarde), sino que designa las diversas preocupaciones de ricos y pobres a las que las leyes deben enfrentarse de acuerdo con el principio del *suum cuique*. Por lo tanto, gobernar en interés de todos no es más que una interpretación particular del gobierno de acuerdo con leyes *justas*.

294

Una curiosa ambigüedad respecto a la relación entre derecho y poder ha permanecido oculta en estos bien conocidos clichés. En este sentido, casi todos los teóricos de la política usan juntos dos símiles diferentes sin advertirlo. Por un lado, aprendemos que el poder hace cumplir la ley para lograr la legalidad; y por el otro, la ley se concibe como la limitación y la frontera del poder, que nunca debe ser sobrepasado. En el primer caso, el poder podría ser entendido como un mal necesario, mientras que en el segundo caso este rol caería más bien en la función de la ley, que parece deber su existencia a la necesidad de restringir una fuerza, por lo demás, libre y “buena”. Siguiendo la categoría tradicional de medios y fines, el poder en el primer caso surge como un *instrumento* para ejecutar la ley, y en el segundo caso la ley surge como un *instrumento* para mantener el poder controlado. Una consecuencia de esta comprensión ambigua de la relación entre derecho y poder, parece obvia a primera vista. Si el poder está solo para hacer cumplir y ejecutar la ley, no puede haber mucha diferencia entre si ese poder reside en un

<sup>1</sup> Traducción de Alfonso Ballesteros Soriano. La versión original en lengua inglesa de esta conferencia se publicó dividida en dos partes: "The Great Tradition I. Law and Power", *Social Research*, Nueva York, núm. 3, pp. 713-726 y "The Great Tradition II. Ruling and Being Ruled", *Social Research*, Nueva York, núm. 4, pp. 941-954

hombre, en unos pocos, o en todos ellos. Sólo puede haber una diferencia esencial —la diferencia entre el gobierno legal o constitucional y el gobierno ilegal o tiránico—.

Por tanto, de Platón en adelante el término tiranía no fue usado sólo para la perversión del gobierno de un hombre, sino también indiscriminadamente para cualquier gobierno ilegal, es decir, cualquier gobierno que en sus decisiones estaba limitado sólo por su propia voluntad y sus deseos —incluso si estos eran la voluntad y los deseos de la mayoría— y no por las leyes que no podían estar sujetas a las decisiones políticas. Encontramos la última consecuencia de esta línea de pensamiento en el *Zum Ewigen Frieden* de Kant, donde concluye que en vez de distinguir muchas formas de gobierno, uno podría decir que hay solamente dos: a saber, el gobierno constitucional o legal (con independencia de quién o cuántos detenten el poder) y la dominación o despotismo. Para Kant, todas las formas de gobierno tradicionales son formas de dominación; son despóticas porque se distinguen de acuerdo con el principio del poder, y en ellas aquel que posee el poder lo posee como “soberano”, indivisible y no controlado por los otros. Frente a la monarquía, la aristocracia y la democracia, Kant establece el gobierno constitucional. Un gobierno en el que el poder siempre está controlado por los otros y que denomina “republicano” con independencia de otros criterios.

Pero si volvemos al segundo símil en la relación entre derecho y política, de acuerdo con el cual se ve el derecho como la cerca o muralla que rodea a los hombres que detentan el poder —que sin esta limitación podrían abusar de su fuerza—, las diferencias entre las formas de gobierno tradicionales, es decir, entre monarquías, aristocracias y democracias, se vuelven todas importantes. La cuestión, ahora, es si un hombre solo, o los hombres más distinguidos, o todo el pueblo deberían tener permitido ejercer el poder dentro de los límites del derecho. En este contexto, es obvio porqué el gobierno de un hombre debe estar identificado con la tiranía —o en cualquier caso, ser lo más cercano a la tiranía— y porqué la democracia debe ser considerada la mejor forma de gobierno. Aquí la monarquía viene a significar que sólo un hombre es libre, la aristocracia significa que sólo los mejores tienen garantizada la libertad, y únicamente la democracia puede considerarse un gobierno libre. La última consecuencia de esta línea de pensamiento la encontramos en la filosofía de la Historia de Hegel, en la que la historia del mundo está dividida en tres períodos: el despotismo oriental donde sólo uno era libre, el mundo antiguo griego y romano donde algunos eran libres, y finalmente, el occidente cristiano en el cual todos son libres porque el hombre como tal es libre. El aspecto más sorprendente de esta recurrente ambigüedad en los conceptos de derecho y poder es que aquí no tratamos simplemente con dos elementos de nuestra tradición, más bien al contrario, casi todos los grandes pensadores políticos usan ambos símiles indiscriminadamente.

He enumerado las formas de gobierno al modo en que fueron formuladas y definidas en la tradición, cuya base no se estableció por curiosidad histórica sobre los múltiples modos de vida de los diferentes pueblos, sino a través de la búsqueda de Platón de la mejor forma de gobierno. Una búsqueda que surge y presupone siempre su actitud negativa hacia la ciudad-estado ateniense. Desde entonces, la búsqueda de la mejor forma de gobierno ha servido para conceptualizar y transformar todas esas experiencias políticas que se fundan en la tradición de pensamiento político, la cual, quizás en ningún otro sitio muestra su extensión de manera más impresionante que en el asombroso hecho de que ni una sola forma de gobierno nueva ha sido añadida en 2.500 años. Ni la República romana, ni el Imperio romano, ni la monarquía medieval, ni el surgimiento del Estado nacional, se consideraron suficiente justificación para revisar o añadir a las que ya eran

conocidas por Platón. Sorprendentemente en vista de sus tremendas consecuencias, la distinción entre gobernar y ser gobernado como condición para todas las formas de sociedad organizada fue introducida abruptamente por Platón, de una manera casi improvisada; mientras que el concepto de derecho sólo asume su lugar central como el contenido de toda la vida política en su último tratado, en las *Nomoi* (*Las leyes*) —tratado que, por cierto, fue perdido y redescubierto en el siglo XV— y allí las leyes se entienden como la versión visible y política de las ideas de la *República*.

Con todo, si en la búsqueda de la mejor forma de gobierno la cuestión de las leyes jugó originalmente un papel subordinado, su papel fue siempre importante al definir la tiranía como la peor forma de gobierno. La razón de esta temprana constelación radica en la experiencia política específica de la *polis*, una experiencia que tanto Platón como Aristóteles daban por sentada. La experiencia política griega prefilosófica había entendido las leyes como los límites que los hombres establecen entre ellos o entre ciudades. Limitaban el espacio de la vida que cada uno tenía derecho a llamar el suyo y eran sagradas por ser las estabilizadoras de la condición humana, de las circunstancias cambiantes y de los movimientos y acciones de los hombres. Daban estabilidad a una comunidad compuesta por mortales y, por tanto, puesta en peligro constantemente en su continuidad por los nuevos nacidos en su seno. La estabilidad de las leyes se relaciona con el movimiento constante de los asuntos humanos, un movimiento que nunca puede terminar mientras los hombres nacen y mueren. Cada nuevo nacimiento pone en peligro la continuidad de la *polis*, porque con cada nuevo nacimiento nace potencialmente un mundo nuevo. Las leyes limitan estos nuevos inicios y garantizan la preexistencia de un mundo común, la permanencia de una continuidad que trasciende la duración individual de cada generación. Una permanencia con la que cada hombre como mortal puede esperar dejar un rastro de permanencia tras de sí. En este sentido, que se impuso con la *polis* griega, las leyes constituyen el mundo público común, fuera del cual, de acuerdo con los griegos, la vida humana estaba privada de sus preocupaciones más esenciales.

La gran ventaja de la organización de la vida pública de la *polis* era que ésta, a causa de la fuerza estabilizadora de su muralla legal, podía conferir a los asuntos humanos una solidez que la acción por sí misma nunca puede poseer en su intrínseca futilidad y dependencia de la alabanza inmortalizadora de los poetas. Debido a que se rodeaba de la muralla permanente de la ley, la *polis* como unidad podía garantizar que lo sucedido o hecho en su interior no pereciese con la vida del agente o del que soportaba la acción, sino que perdurara en la memoria de las futuras generaciones. Es un gran mérito más del reino, y la razón por la que desde un punto de vista mitológico los griegos vieron en la fundación de Atenas del rey Teseo la última empresa real y la más grande, franca y brevemente señalada por Pericles, que alabó a Atenas porque no necesitó a un Homero para dejar, para bien y para mal, “monumentos innumerables” de los hechos de sus hijos.

Este significado originario de *nomos* está presente todavía cuando Platón evoca a Zeus como el dios de los límites al principio de su discurso sobre *Las leyes*, tal y como estaba presente cuando Heráclito afirmó que el pueblo debe luchar por sus leyes tal como lucha por la muralla (*teichos*) de su ciudad. Así como una ciudad podía existir físicamente sólo después de que sus habitantes hubieran construido una muralla a su alrededor, la vida política de los ciudadanos, *politeusthai*, podía empezar sólo después de que la ley hubiera sido planteada y establecida. La valla de la ley era necesaria para la ciudad-estado porque sólo en ella la gente vivía unida en un sentido en que el espacio mismo no era garantía suficiente para asegurar a

cada uno de ellos su libertad de movimiento. De tal modo era concebido el establecimiento de la ley como una condición de la vida de la *polis*, que la legislación, el hacer la ley, no se consideraba una actividad política: el legislador podía ser un hombre llamado del exterior, o como Solón, alguien que después de establecer la ley se retiró de la vida público-política, al menos por un tiempo. De tal modo era concebida la ley como algo erigido y establecido por los hombres sin ninguna autoridad o fuente trascendente, que la filosofía presocrática, cuando se planteó distinguir todas las cosas preguntando si éstas debían su origen a los hombres o a sí mismas, introdujo los términos *nomô* y *physei*, por derecho o por naturaleza. Por ello, el orden del universo, el cosmos de las cosas naturales, era diferenciado del mundo de los asuntos humanos cuyo orden está establecido por los hombres en la medida en que son cosas hechas y realizadas por hombres. Esta distinción sobrevive al comienzo de nuestra tradición en la que Aristóteles afirmó expresamente que la ciencia política trata con cosas que son *nomô* y no *physei*. En este contexto, el tirano que arrasa los límites de las leyes destruye completamente la esfera política. No es un gobernante sino un destructor que derriba las murallas de la ciudad, la condición prepolítica de su existencia.

Sin embargo, muy pronto, e incluso antes del comienzo de nuestra tradición, ya existían otras concepciones de la ley. Cuando Píndaro dice: *nomô basileus pantôn* podemos justificar el traducir sus palabras así: "la ley es la que gobierna todas las cosas"; y entiende que esto significa que, así como el rey mantiene unido y ordena aquello que da comienzo bajo su liderazgo, también la ley es un orden inherente en el universo y gobierna su movimiento. Esta ley no está establecida, ni propuesta por hombres ni por dioses; si se la llama divina es únicamente porque gobierna incluso a los dioses. Esta ley, obviamente, no podía ser concebida como la muralla o el límite erigido por los hombres. Las leyes derivadas o sustentadas en ella tenían una validez que no estaba restringida a una comunidad, ni al ámbito público como tal, ni en general a los asuntos que ocurren entre hombres como distinguidos de aquellos que ocurren dentro de los hombres. La ley cósmica era universal en todos los aspectos, aplicable a todas las cosas y a cada hombre en cada situación y condición de la vida. La distinción entre *physei* y *nomô*, entre cosas que crecen naturalmente y cosas que deben su existencia a los hombres, pierde su relevancia porque una ley preside y gobierna sobre ambas. El concepto posterior de ley natural, tal y como fue desarrollado por el estoicismo griego, ya está claramente señalado, pero para una concepción que veía las leyes en la imagen de vallas y límites que cercaban, protegían y establecían los diversos mundos comunes de la *polis*, el término "ley natural" hubiera sido una contradicción en los términos en la medida en que asumía que las cosas son lo que son por naturaleza o por ley, pero no por las dos al mismo tiempo.

Si cabe de una mayor importancia para la tradición es que de acuerdo con la suposición de que la ley gobierna sobre todas las cosas morales y políticas, las esferas de vida pública y privada no son claramente distinguidas, pues ambas esferas están insertadas en el orden eterno del universo y gobernadas por él. Los hombres pertenecen a este universo porque, en palabras de Kant, "el cielo estrellado sobre mí" corresponde, en su sublimidad legal y ordenada, a "la ley moral dentro de mí". Esta ley ha perdido el carácter de limitación evidente en todos los códigos de la ley positiva que contienen prohibiciones antes que prescripciones, y que, por tanto, dejan todo lo que no está claramente prohibido a la libre decisión de quiénes están sujetos a ellos. El conflicto entre moralidad privada y pública —entre cosas permitidas y exigidas en las relaciones personales y aquellas que se requieren por las necesidades de la política, que surgen naturalmente de la presunción de una ley universal—, podía ser resuelto de cualquiera de estas maneras: conforme a las necesidades de la vida política a expensas de la moralidad

privada —como por ejemplo en Hobbes, que partiendo de la esfera público-política, donde el poder se origina, concluye que la naturaleza del hombre es la de “un animal sediento de poder”—, o por el contrario, conforme al comportamiento de cada hombre en su intimidad individual, como en el caso de Kant, para quien la ley dentro de mí me eleva a legislador universal. En cualquiera de los casos, la universalidad de una ley se salva: aquellos que obedecen y se someten mansamente a las leyes del poder están sedientos de poder por naturaleza, y aquellos que obedecen las leyes de la ciudad reconocen en sí mismos la naturaleza de la legalidad moral.

Sin embargo, en toda nuestra tradición se mantuvo la distinción entre la ley cósmica en su validez universal y las normas y prescripciones válidas sólo entre un grupo claramente definido de hombres, y la relación entre ambas se vio más o menos en la imagen que encontramos por primera vez en Heráclito: “Todas las leyes humanas se alimentan de una ley divina; por ello tiene influencia en lo que quiere y es suficiente para todos, y prevalece en todo” (Frag. 114). Es decisivo que nuestra tradición jurídica siempre sostuviera que los códigos de leyes hechos por el hombre no estaban solamente derivados de una ley válida universalmente, sino que además dependían de ella como su fuente última de autoridad. Es esta misma distinción y relación la que más tarde encontramos entre el *ius civile* y el *ius naturale*, entre la ley positiva y la ley natural o el mandamiento divino. En cada caso, la idea temprana de ley como valla sobrevive en los códigos de leyes positivas a través de los cuales la ley universal se traduce en criterios humanos de bien y mal.

La ley universal, o más tarde el Mandato de Dios, se entiende como eterno e inamovible y de dicha eternidad derivan las leyes hechas por el hombre, su permanencia relativa a través de la cual éstas pueden estabilizar los asuntos de los hombres en constante cambio. Lo que ocurre cuando esta distinción entre ley universal y ley positiva no se sostiene —es decir, cuando la ley universal en la forma moderna de una ley de desarrollo natural o histórico se ha convertido en ley de movimiento que no hace más que anular constantemente los códigos normativos y las prescripciones—, lo hemos visto en las formas totalitarias de dominación. Allí, el terror como la ejecución diaria de una ley universal de movimiento siempre cambiante, hace toda ley positiva imposible en su permanencia relativa y conduce a toda la comunidad a un aluvión de catástrofes. Este peligro está latente allí donde el viejo concepto de ley universal es privado de su eternidad y se combina con el concepto moderno de desarrollo como los movimientos en constante progreso de la naturaleza o la historia. Si uno considera este proceso desde el punto de vista de la historia de las ideas, uno puede, con facilidad aunque falazmente, llegar a la conclusión de que la dominación totalitaria no es tanto una ruptura con todas las tradiciones del hombre occidental como la extensión de una “herejía” filosófica que culminó en Hegel y que fue aplicada de manera práctica por Darwin y Marx, a quien Engels llamó el Darwin de la historia.

La idea de una ley universal permaneció más o menos como una preocupación de los filósofos, mientras que los juristas, aunque estaban de acuerdo en la necesidad de una autoridad suprema (e incluso trascendente) para dar legitimidad a sus leyes, continuaron pensando en las leyes como límites y relaciones entre las personas. Esta diferencia es muy marcada en el doble origen de la ley natural que se desarrolló independientemente a partir del *ius gentium* romano, una ley erigida entre pueblos distintos cuyas ciudades prescribían diferentes leyes civiles. Aquí la ley natural no se entiende ni como lo que surge y funciona dentro de cada ser humano, ni preside desde lo alto y como norma suprema sobre todo lo que ocurre en el universo; sino como los canales específicos de comunicación y relación

que son necesarios entre ciudades, entre un código jurídico y otro —a menos que una ciudad quiera, al modo griego, vivir aislada o destruir a otra—. A este respecto la influencia romana permaneció fuerte en la tradición estrictamente jurídica mientras que en la tradición filosófica de pensamiento político permaneció tan carente de influencia como otras experiencias romanas.

Los criterios de bien y mal tal y como se establecen en la ley positiva tienen, por así decirlo, dos aspectos: son absolutos en la medida en que deben su existencia a una ley válida universalmente, más allá del poder y la competencia de los hombres; pero también son meras convenciones relativas a un pueblo y válidas dentro de unos límites, en la medida en que han sido planteadas y elaboradas por hombres. Sin el primero, la ley válida universalmente quedaría sin realidad en el mundo de los hombres; sin el segundo, las leyes y regulaciones establecidas por los hombres carecerían de su fuente fundamental de autoridad y legitimación. A causa de esta relación y su doble aspecto, la específica legalidad del gobierno que históricamente es característica sólo de la *polis* y de las diversas formas republicanas que se derivan de ella, podría convertirse en el marco de la tradición, en el pilar de todos los cuerpos políticos. Al final, el hacer cumplir la ley se ve como el deber principal del gobierno y el gobierno legal se considera bueno sin importar cuantos comparten y disfrutan la posesión del poder. Al final de esta tradición encontramos la filosofía política de Kant en la que el concepto de ley ha absorbido a los demás. Aquí la ley se ha vuelto el criterio de toda la esfera de la política en detrimento de todas las demás experiencias y posibilidades políticas. La legalidad es el único contenido legítimo de la convivencia de los seres humanos y toda actividad política está ideada en última instancia como legislación o aplicación de prescripciones legales.

299

Hemos esbozado este desarrollo muy posterior con el fin de acortar a través de un atajo hasta la posición en la que el gobierno y la ley realmente coinciden; en el que el gobierno constitucional ya no es uno entre diversas posibilidades de gobernar y actuar dentro del marco de una ley, sino un gobierno donde las leyes mismas gobiernan y aquel que gobierna únicamente administra y obedece las leyes. Ésta es la conclusión lógica de la última etapa del pensamiento político de Platón tal y como lo conocemos a partir de las *Nomoi*.

Estas consideraciones parecían necesarias para la comprensión del último pensador que, aún en la línea de la gran tradición, indagó en la naturaleza de la política y se planteó las viejas preguntas sobre las diferentes formas de gobierno. Montesquieu, cuya fama descansa segura en el descubrimiento de las tres ramas de gobierno: el legislativo, el ejecutivo y el judicial —es decir, en el gran descubrimiento de que el poder no es indivisible— era mucho más un escritor de la política que un pensador sistemático. Esto le permitió mencionar libremente y formular casi sin intención de hacerlo los grandes problemas del pensamiento político tal y como se le habían transmitido, sin obstaculizar sus nuevos descubrimientos haciendo un todo completo de ellos y sin perturbar la consistencia interior de su pensamiento con segundas intenciones al presentarlo. Sus puntos de vista son, en sustancia, mucho más “revolucionarios” y al mismo tiempo más positivos y duraderos que los de Rousseau, que es el único igual a él en peso, en impacto inmediato en las revoluciones del siglo XVIII y en influencia intelectual en la filosofía política del siglo XIX. Por otro lado, su carencia de preocupación sistemática y la escasa organización de sus materiales han hecho deplorablemente fácil negar tanto la consistencia interna de sus dispersos pensamientos, como la peculiar unidad de su enfoque para todas las cuestiones políticas, que le separa sólo un poco menos de sus sucesores que de sus predecesores.

Oculto bajo el descubrimiento de las tres ramas del gobierno (que Kant entendió de manera rígida como el criterio decisivo del gobierno verdaderamente republicano, el cual sólo en la constitución de la República americana encontró una realización adecuada) se encuentra una visión de la vida política en la cual el poder está completamente separado de toda connotación de violencia. Sólo Montesquieu tenía un concepto del poder situado totalmente fuera de la tradicional categoría de medios y fines. Para él las tres ramas del gobierno representan las tres principales actividades de los hombres: hacer las leyes, ejecutar las decisiones y el juicio decisario que debe acompañar a ambas. Cada una de estas actividades engendra su propio poder. El poder puede dividirse —entre las ramas del gobierno, así como entre Estados federados y entre gobierno estatal y federal— porque no es sólo *un* instrumento para ser aplicado a *un* objetivo. Sus orígenes descansan en las múltiples capacidades de los hombres de acción; estas acciones no terminan mientras el cuerpo político está vivo; sus propósitos inmediatos son prescritos por las circunstancias siempre cambiantes de la vida humana y política, las cuales, por sí mismas y a causa de que se producen dentro de comunidades definidas o civilizaciones dadas, constituyen una esfera de los asuntos públicos surgida entre los ciudadanos como individuos, uniéndolos mediante intereses compartidos o separándolos mediante intereses conflictivos. Los intereses, en este contexto, no tienen ninguna relación con las necesidades materiales o las ambiciones, sino que constituyen literalmente los *inter-esse*, aquello que está *entre* los hombres. Este entre común a todos, y por tanto, asunto de cada uno, es el espacio en el que la vida política tiene lugar.

El descubrimiento de Montesquieu de la naturaleza divisible del poder y de las tres ramas del gobierno surgió de su preocupación por el fenómeno de la acción como el dato central de toda la esfera de la política. Sus investigaciones le llevaron a hacer una distinción entre la naturaleza del gobierno, “ce qui le fait être tel”, y su principio, “ce qui le fait agir” (*L'Esprit des Lois*, libro III, cap. 1). Definió la naturaleza del gobierno en términos ligeramente distintos —descuida la forma de la aristocracia e indica que una república es un gobierno constitucional en el que el poder soberano está en las manos del pueblo; una monarquía un gobierno legal en el que el poder soberano está en las manos de un solo hombre, y la tiranía el gobierno ilegal en el que el poder lo ejerce un hombre de acuerdo con su voluntad arbitraria. Su descubrimiento más profundo es haber percibido que estas “estructuras particulares” necesitan un “principio” diferente cada una de ellas para ponerlas en movimiento, o en otras palabras, que estas estructuras en sí mismas están muertas y no corresponden a realidades de la vida política y a las experiencias de los hombres de acción. Como un principio de movimiento, Montesquieu introduce la historia y el proceso histórico en las estructuras —las cuales deben su existencia al pensamiento griego— que han sido concebidas originalmente como inmóviles. O mejor dicho, antes que Montesquieu, la única posibilidad de cambio había sido considerada como el cambio a peor, el cambio perverso que podía transformar una aristocracia en una oligarquía, una democracia en una oclocracia, o una monarquía en tiranía. Por supuesto, hay muchas más posibilidades para esas perversiones; por ejemplo, se señalaba que el gobierno de la mayoría tenía una inclinación particular a acabar en tiranía. Comparado con el principio de acción de Montesquieu como el motor impulsor del cambio, todas esas perversiones son de una naturaleza física, casi orgánica. La famosa predicción de Platón de que incluso el mejor gobierno posible no podía durar para siempre y los cálculos de su eventual perdición debido a algunos errores inevitables en la elección de los padres adecuados para una descendencia deseable, sólo es el ejemplo más plausible de una mentalidad que sólo podía concebir el cambio en términos de ruina. Montesquieu, por el contrario, reconoció el movimiento como la condición de la historia, precisamente porque entendió que la acción es el factor esencial de toda la vida política. La acción no

sólo pertenece al gobierno, no sólo se manifiesta en los hechos registrados de las naciones y no se agota en el proceso de gobernar y ser gobernado: “*On juge mal des choses. Il y a souvent autant de politique employée pour obtenir un petit bénéfice que pour obtenir la papauté*” (“De la Politique”. En *Mélanges inédites de Montesquieu*, 1892). Él reconoce con la tradición que el carácter permanente del buen gobierno se funda en la legalidad, pero ve la estructura de las leyes sólo como el marco dentro del que el pueblo se mueve y actúa, como el factor estabilizador de algo que por sí mismo está vivo y se mueve, sin desarrollarse necesariamente en una dirección determinada por el destino o el progreso. Por lo tanto, no sólo habla de la naturaleza o la esencia, sino también de la estructura del gobierno que, con una relativa permanencia, alberga las circunstancias cambiantes y las acciones de los hombres mortales.

En correspondencia con estas tres formas principales de gobierno, Montesquieu distingue tres principios “que hacen a una comunidad actuar”: estos son la virtud en la república, el honor en la monarquía y el miedo en la tiranía. Estos principios no son lo mismo que motivos psicológicos. Más bien son los criterios según los cuales todas las acciones públicas son juzgadas y los criterios que articulan la totalidad de la vida política. Como tales, son los mismos para los gobiernos y para los ciudadanos, para los soberanos y para los súbditos. Si el principio del miedo inspira todas las acciones en una tiranía, esto significa que el tirano actúa porque teme a sus súbditos y los oprimidos porque temen al tirano. Tal y como es el orgullo de un súbdito en una monarquía para distinguirse y ser honrado públicamente, así es el orgullo del ciudadano en una república el no ser mejor en las cuestiones públicas que sus conciudadanos, lo cual es su “virtud”. De esto no se deduce que los ciudadanos de una república no sepan qué es el honor o que los súbditos de una monarquía no sean “virtuosos”, ni que todos se comporten siempre de acuerdo con las normas del gobierno bajo las cuales tiene lugar la vida. Sólo significa que la esfera de la vida pública siempre está determinada por reglas ciertas que se dan por hecho por todos los que *actúan* y que esas reglas no son las mismas para todas las formas de cuerpos políticos. Si estas normas ya no son válidas, si los principios de acción pierden su autoridad de modo que nadie por más tiempo cree en la virtud en la república, o en el honor en la monarquía, o si, en la tiranía, el tirano deja de temer a sus súbditos, o los súbditos ya no temen a su opresor por más tiempo, entonces cada una de las formas de gobierno llega a su final.

Bajo las observaciones asistemáticas y a veces incluso casuales de Montesquieu sobre la relación entre la naturaleza de los gobiernos y sus principios de acción, se encuentra una intuición aun mayor dentro de los elementos esenciales de la unidad en las civilizaciones históricas. Su “*esprit général*” es lo que une la estructura del gobierno con su correspondiente principio de acción. Como tal, más tarde se convirtió en la idea inspiradora de las ciencias históricas así como de la filosofía de la historia. “El espíritu del pueblo” (*Volksgeist*) de Herder y “el espíritu del mundo” (*Weltgeist*) de Hegel presentan huellas claras de esta ascendencia. El descubrimiento original de Montesquieu es menos metafísico que cualquiera de esos, y quizás más fructífero para las ciencias sociales. A pesar de escribir en el siglo XVIII, todavía era dichosamente inconsciente de “la historia del mundo”, la cual, un siglo después —en la filosofía de Hegel y también en el trabajo de los historiadores destacados—, se apropiaría los asuntos de juzgar el mundo: “*Die Weltgeschichte ist das Weltgericht*”. Su espíritu unificador general es, ante todo, una experiencia básica de los hombres que viven y actúan juntos, que se expresa simultáneamente en las leyes de un país y en las acciones de los hombres que viven bajo la ley. La virtud, en este sentido, se basa en “el amor a la igualdad” y el honor se basa en “el amor por la distinción”. Las leyes de la república se basan en la igualdad y el amor a la igualdad es la fuente de la cual surgen las acciones de los ciudadanos; las leyes

monárquicas se basan en la distinción, por tanto, el amor por las distinciones inspira las acciones públicas de la ciudadanía.

Tanto la distinción como la igualdad son experiencias básicas de toda vida humana comunitaria. Podemos decir con igual validez que los hombres son distinguidos y diferentes los unos de los otros por el nacimiento y que todos los hombres “nacen iguales” y se distinguen únicamente por su estatus social. La igualdad, en la medida en que es una experiencia política —tan distinta como la igualdad ante Dios, un ser infinitamente superior ante quien todas las distinciones y diferencias se vuelven insignificantes—, siempre ha significado que, independientemente de las diferencias existentes, todo el mundo tiene el mismo valor porque cada uno recibió por naturaleza una cantidad igual de fuerza. La experiencia fundamental sobre la que las leyes republicanas se fundan, y de la cual surgen las acciones de los ciudadanos, es la experiencia de vivir juntos y ser miembros de un grupo de hombres igualmente poderosos. Por lo tanto, las leyes en una república no son leyes de la distinción sino de la restricción, se proyectan para restringir la fuerza de cada ciudadano para que deje espacio a la fuerza de sus conciudadanos. El fundamento común de la ley republicana, y la acción dentro de ella, es la consideración de que la fuerza humana no es limitada primariamente por un poder superior —Dios o la naturaleza— sino por el poder de los *iguales* y el júbilo que surge de él. La virtud como amor a la igualdad surge de la experiencia de la igualdad de poder que salva al hombre del horror de la soledad. “Uno es uno, y totalmente solo, y siempre será así”, tal y como dice la vieja canción de cuna inglesa que, se atreve a mostrar a los espíritus humanos lo que sólo puede ser la tragedia suprema de Dios.

La distinción sobre la que las monarquías —y sobre la que todas las formas jerárquicas de gobierno— se basan, no es una experiencia política menos auténtica y original. Sólo a través de la distinción puedo llegar a ser realmente yo mismo, ese individuo único que nunca fue y que nunca será de nuevo. Solamente puedo establecer esta unicidad midiéndome frente a todos los demás. De tal modo que, en definitiva, mi papel en los asuntos públicos dependerá de en qué grado puedo ganar su reconocimiento. La gran ventaja del gobierno monárquico es que los individuos, que tienen su estatus social y político de acuerdo con la distinción que ganan dentro de sus respectivos ámbitos de vida, nunca se confrontan con una masa mediocre e indistinguible de “todos los demás”, contra la cual el hombre solo no puede reunir más que una minoría desesperada de uno. El peligro concreto de los gobiernos basados en la igualdad es que dentro de la estructura de legalidad —en cuyo marco la igualdad de poder recibe su significado, dirección y restricción— los poderes de los *iguales* pueden cancelarse mutuamente hasta que el agotamiento de la impotencia prepara a todos para aceptar un gobierno tiránico. Por buenas razones, Montesquieu no pudo indicar el fundamento común de la estructura de la ilegalidad y el miedo como el principio de las acciones en las tiranías.

302

## 2. Gobernar y ser gobernado

Si ahora, a la luz de las ideas de Montesquieu, reconsideramos la tradición no desde su final sino desde su principio y nos preguntamos qué papel jugó la experiencia del gobierno, en qué esfera de la vida se encuentra principalmente, debemos recordar que las formas de gobierno tradicionales —enumeradas como el gobierno de uno, de unos pocos, o de la multitud, que resultan consecuentemente de la división entre dominadores y súbditos, así como sus perversiones— siempre estuvieron acompañadas de una taxonomía completamente distinta. En lugar de monarquía ómimos hablar de reino (*basileia*), y monarquía en este contexto se usa

R  
E  
L  
E  
Y  
E  
N  
D  
O

indistintamente como tiranía. Por tanto, al dominio de uno —la monarquía o la tiranía—, a veces se lo denomina la perversión del reino. La oligarquía, el dominio de unos pocos, aún es la perversión de la aristocracia, el gobierno de los mejores; sin embargo, en lugar del término democracia, el gobierno de la mayoría, encontramos república (*polity*<sup>2</sup>) que originalmente designaba la *polis* o ciudad-estado y que más tarde se convirtió en la república, la *res publica* romana. La democracia ahora se ve como la perversión de la república, una oclocracia en la que el populacho domina plenamente.

El reino, la aristocracia y la república son alabadas como las mejores formas de gobierno o una mezcla de las tres es recomendable —algo sobre lo que se insistió muy pronto, y más tarde, concretamente Cicerón—. Pero dicho “gobierno mixto”, que supuestamente personifica las mejores características de cada forma de gobierno, es imposible bajo la suposición de que estos gobiernos son distinguidos esencialmente como el gobierno de uno, de los pocos o de la multitud, porque claramente esas formas se excluyen mutuamente. La tiranía, por otra parte, denunciada en este contexto aún más fuertemente que en las definiciones tradicionales, no está condenada por su ilegalidad arbitraria como lo peor de la misma, siendo aún una forma posible de convivencia; o como la menos deseable, pero aun así, con una postura hacia el próximo humanamente comprensible. En vez de eso, el tirano es excluido completamente de la sociedad humana; se lo considera una bestia con forma humana, incapaz de relación humana y más allá de los límites de la humanidad. En otras palabras, el reino, la aristocracia y la república no parecen simplemente “formas buenas” de gobierno, de las cuales son perversiones la monarquía, la oligarquía y la democracia; ya que las primeras ni siquiera pueden ser definidas dentro del mismo marco de categorías de las segundas.

303

Las descripciones del reino, la aristocracia y la república indican, más bien, experiencias políticas reales que cristalizaron en diferentes formas de convivencia de los pueblos y están encarnadas en ellas. Las experiencias son anteriores a las formas de convivencia y no necesariamente idénticas que aquellas que dieron lugar a los conceptos de gobierno de acuerdo con el derecho y el poder. Si estas experiencias, que todavía dominan en las definiciones y descripciones tradicionales de los gobiernos, habían sido conceptualizadas con anterioridad, es una cuestión diferente. El hecho de que Tucídides ya mencione lo que más tarde se llamó “gobierno mixto” (libro VIII, 97) y que Aristóteles aluda a teorías similares en su *Política* (1265b33), parece indicar que una trayectoria anterior del pensamiento político fue reemplazada, absorbida y eliminada parcialmente con el ascenso de nuestra tradición. La cuestión es que ni la división entre dominadores y súbditos, ni los criterios del derecho y el poder tienen demasiado sentido cuando se aplican a las “formas buenas”, las cuales cambian inmediatamente a sus “formas pervertidas” si intentamos definirlas de acuerdo con esa división y esos criterios.

Si el reino fuera el gobierno de un hombre, claramente sería lo mismo que la monarquía: una monarquía constitucional como diríamos hoy, cuando está de acuerdo con las leyes y una tiranía si está contra ellas. El hecho, sin embargo, es que el rey (*basileus*) no tenía el poder absoluto del monarca, que su cargo no era hereditario sino electivo y claramente nunca tenía permitido ser más que un *primus inter pares* (el primero entre sus iguales). Desde el momento en que se le define en

<sup>2</sup> *Polity* significa orden civil u organización política. En el texto se traduce por “república” porque se refiere a una forma de gobierno específica que queda mejor definida con este término. Se traduce de este modo salvo cuando aparece junto a la palabra *republic*. En este caso se mantiene la palabra original en inglés, *polity*. [N. del T.]

términos de gobierno, como el poseedor de todo el poder, ya se ha transformado en un tirano. Si la aristocracia es el gobierno de unos pocos, que son los mejores, entonces la pregunta que surge de manera invariable es quiénes son los mejores y cómo pueden ser encontrados —ciertamente no a través de la auto-elección— y si uno puede estar seguro de que los mejores siguen siendo los mejores durante su gobierno. Desde el momento en que se identifica a los pocos de acuerdo con criterios objetivos sólo pueden ser los ricos o la nobleza hereditaria; cuyo gobierno Aristóteles define como oligarquía, una aristocracia pervertida. O si los pocos son los más sabios, entonces, de acuerdo con Platón, son aquellos que no pueden persuadir a la multitud y deben gobernar sobre súbditos forzados a través de la violencia. Esto, de nuevo, sería una tiranía. Era aún menos posible definir *polity* o república en estos términos de gobernar y ser gobernado. Aristóteles, después de haber establecido axiomáticamente que “cada comunidad-*polis* está compuesta por gobernantes y gobernados”, continúa diciendo que en esta forma de gobierno “es necesario que todos compartan equitativamente el gobernar y el ser gobernados” y que la naturaleza misma, al componer las ciudades de los jóvenes y de los viejos ha indicado a quien es apropiado gobernar y a quien ser gobernado (*Política*, vii, 14, 1332b12-36). Obviamente, la distinción entre el soberano y los súbditos desaparece aquí con la distinción entre el profesor y los alumnos, o entre el padre y los hijos. Que la organización de la vida de la *polis* no permitía la distinción entre el soberano y los súbditos es evidente en la famosa discusión de Heródoto sobre las formas de gobierno, en la que, finalmente, el defensor de la *polis* griega, después de ser derrotado en una contienda, solicita que se le permita retirarse completamente de la vida política, porque no quiere gobernar ni ser gobernado. Por supuesto, el hecho era que la vida de la *polis* griega no conoció ninguna división de esa clase entre sus ciudadanos. El gobierno en que se basaba, como indica Aristóteles más de una vez, no era experimentado primariamente en la esfera público-política, sino en la esfera estrictamente privada de la casa, cuya cabeza gobernaba sobre su familia y sus esclavos.

304

Esta esfera privada de la familia y de la casa estaba constituida por las necesidades de la vida: la necesidad de mantener la vida individual a través de la labor y la necesidad de garantizar la supervivencia de la especie a través de la procreación y el nacimiento. Para definir la condición de la vida humana en términos de la doble privación de la labor y el parto (la misma palabra “labor” se usa para hacer referencia a la fatiga y los dolores del parto, no sólo en lengua inglesa, sino también en casi todas las lenguas europeas) y para entender estas dos como interconectadas, de acuerdo la una con la otra —ya sea porque después del pecado del hombre en el paraíso, Dios decidió hacer dura la vida a los hombres o porque esta necesidad impulsora es vista en contraste con la vida “fácil” de los dioses—, ha sido uno de los pocos rasgos destacados en los que las dos ramas de nuestro pasado, la hebrea y la griega, están de acuerdo. Indica la categoría del pensamiento de Marx que en un momento en el que esta conexión fundamental estaba casi olvidada, la restableció al entender la labor y la procreación como las dos formas principales de “la producción de la vida, de la propia vida a través de la labor, es decir, los medios de subsistencia y la nueva vida a través de la procreación” (*Deutsche Ideologie*, 17). Pero mientras Marx coloca esta producción de la vida a través de la labor en el centro de su filosofía política, toda la tradición, de acuerdo por completo con el pasado pre-tradicional, colocó la labor fuera de la esfera política, al hacerla la preocupación meramente privada de cada individuo de cómo resolver el problema de permanecer vivo; y se despreciaba toda la esfera no principalmente porque era “privada” sino porque estaba sujeta a las necesidades inherentes a estar y permanecer con vida. El que estaba sujeto a estas necesidades, como los laborantes y las mujeres, no podía ser libre; la libertad

significó, primero de todo, haberse convertido en independiente de cualesquiera actividades que son necesarias para la vida misma.

La división entre gobernar y ser gobernado fue experimentada primero en el ámbito privado que dividía a aquellos que gobernaban y aquellos que estaban sujetos a la necesidad. La vida público-política descansaba en esta distinción como su condición prepolítica, pero el concepto mismo de gobierno no tuvo originalmente papel en ella. Esto se hace decisivamente verdadero para la ciudad-estado y su concepto de igualdad de los ciudadanos, para quienes la libertad es una condición prepolítica y no el contenido de la política o un ideal político —pero ya es verdad para una época anterior—. Agamenón era un rey de reyes y aun en lo que parece una glorificación de la labor de Hesíodo, encontramos siempre presente al esclavo o siervo que ejecuta las órdenes de su señor.

En el pensamiento político tradicional esta elemental libertad respecto de la necesidad, que sólo puede alcanzarse a través del gobierno sobre otros, se refleja en las repetidas certezas de que sólo una vida que aspira a algo más alto que la vida misma merece la pena ser vivida, y que sólo vale la pena emprender una actividad cuyo fin es más que la propia actividad. Incluso la diferencia más llamativa entre la vida de los hombres libres en la Antigüedad y en la Edad moderna, es decir, la enorme comodidad sin la cual la actividad política en el sentido griego y romano, el *bios politikos*, sería completamente imposible y que se basa por completo en el trabajo esclavo, es para la experiencia real de la libertad de esos pueblos, menos relevante que su contrapartida aparentemente negativa —la libertad de la *anagkaia*, las puras necesidades de la vida.

En otras palabras, la distinción entre gobernar y ser gobernado, entre dominadores y súbditos, que las definiciones tradicionales de las formas de gobierno asumen como la esencia de todas las organizaciones políticas era, originalmente, una distinción válida sólo en la vida privada, y por tanto, sólo una condición y nunca el contenido de la política. Las razones por las cuales los filósofos la superpusieron sobre las experiencias políticas reales cuando empezaron a formalizarlas y conceptualizarlas, tiene mucho más que ver con la actitud de los filósofos hacia la política —una actitud que, ciertamente, también tenía sus razones e implicaciones políticas—, que con los rasgos supuestamente inmutables de la propia esfera público-política.

El reino, la aristocracia y la *polity* o república se basan en esta libertad de la necesidad, que se manifiesta en el gobierno sobre mujeres y esclavos y su diferencia no reside en la cuestión de cuantos ostentan el poder o en quién gobierna a quién. Su distinción reside en qué se considera un asunto público como tal y en la relación entre aquellos que están ocupados de la esfera pública. El asunto público en un reino es, primero de todo, una empresa común que no es un episodio común sino que tiene el significado sobresaliente de un acontecimiento que *interrumpe* el curso normal de la vida cotidiana. Los déspotas privados que siguen a su líder escogido, el *basileus*, para participar en los asuntos públicos, no tienen que dejar sólo la intimidad de sus vidas sino también abandonar completamente su ritmo diario.

Lo que Hesíodo glorifica por encima de Homero no es la labor misma sino la dignidad de la vida cotidiana. Como indica el título, *Los trabajos y los días*, y como se hace aún más claro en las advertencias al hermano marinero, Hesíodo alaba permanecer en casa frente a empresas y aventuras de cualquier tipo. Mantiene la gran belleza de la vida cotidiana, no menos caracterizada por la configuración

periódica de los días del año que por el trabajo en la casa y el campo, un trabajo que, también para Hesíodo, es ejecutado por esclavos y supervisado sólo por el cabeza de familia. La relevancia de Hesíodo reside en que alaba una vida que se mantiene completamente fuera de la esfera pública común; para él las posibilidades de gloria y los grandes hechos no cuentan para nada. Él es el único griego que alaba sin rubor la vida privada cuya principal característica para los otros griegos era que no ofrecía ese espacio o esfera de mundo común, la única en la que uno puede aparecer y ser visto y, por tanto, llegar a ser lo que uno es potencialmente. La razón de que el espíritu griego, como distinto del romano, no pueda ver en la vida privada algo más que una condición inevitable para la constitución de un mundo público común, era que la vida privada no ofrecía ninguna posibilidad para la *doxa* en sus múltiples sentidos: aparición e ilusión, fama y opinión. Y ya que sólo lo que es aparece y es visto, la idea más alta de Platón, la idea del bien en su realidad que todo lo abarca y eclipsa es *phanotaton* —es decir, brilla más y tiene la apariencia más brillante—(*La República*, 518 C).

La esfera privada, aunque las necesidades de la vida estuvieran “gobernadas” y cuidadas con éxito, permanecía como una esfera de asuntos sombríos, inarticulados y oscuros; la vida privada estaba privada de realidad porque no podía mostrarse y no podía ser vista por otros. La convicción de que sólo lo que aparece y es visto por otros adquiere toda la realidad y el significado auténtico para el hombre es la base de la vida política griega. El objetivo principal del tirano es condenar a los hombres a su esfera doméstica que les priva de la posibilidad de su humanidad. El *agon*, la lucha por el *aristuein*, por ser mejor que los compañeros y si es posible el mejor de todos, no es una competición de “el alfarero con el alfarero, el artesano con el artesano y el mendigo con el mendigo”, como Hesíodo en su alabanza a Eris nos quiere hacer creer (*Los trabajos y los días*, 24); es más bien al contrario, la identificación política de la realidad de aparecer ante los otros. Sólo donde los otros estaban presentes podía comenzar una vida específicamente humana. Sólo donde uno era percibido por los otros podía alcanzar su propia humanidad al distinguirse a sí mismo.

306

Por tanto, no es sólo la vida y la experiencia política en el sentido limitado de la palabra, sino la vida y la experiencia humana como tal las que comienzan allí donde lo doméstico y el gobierno terminan; allí comienza el mundo común, visto por los otros bajo la luz pública que brilla libremente. Esto es igualmente verdadero para el reino y para la *polis*, pero la ventaja de esta última es que ofrece un mundo común para la vida cotidiana de sus ciudadanos y no sólo para empresas esporádicas. Del mismo modo, la vida de la *polis* pierde oportunidades para lo verdaderamente extraordinario, y por tanto, su *doxa* se convierte más y más en una opinión que los ciudadanos distinguen por sí mismos en la actividad constante del *politeusthai* y menos en la radiante gloria de la fama inmortal que se deriva de las grandes hazañas. Lo que distingue el reino de la *polity* y la república no es la relación entre gobernantes y súbditos, ni siquiera es principalmente la diferente relación entre ciudadanos, es decir, aquellos que viven y se mueven juntos en un mundo común. La diferencia histórica principal reside en el papel que juega la acción misma en estas distintas formas de organización pública.

El reino, probablemente la más antigua y quizás la forma de organización más elementalmente política, descansa en la experiencia de la acción en el sentido general de comenzar algo nuevo, de hombres que comienzan juntos una nueva empresa. La acción es el punto de reunión, del comenzar y permanecer juntos los cabezas de familia que han decidido olvidar sus preocupaciones privadas y que forman un cuerpo político mientras dura la empresa. Lo que los mantiene juntos es

el apetito por la acción que nunca puede ser satisfecho por un hombre solo; porque a diferencia de laborar y fabricar, que pueden ejercerse en soledad o aislamiento, la acción sólo es posible cuando los hombres se unen y actúan en concierto. Este concierto de la acción demanda y, por decirlo así, crea al rey, quien como *primus inter pares* se convierte en un líder elegido a quien los otros siguen por su libre elección en el espíritu de lealtad. Donde el elemento del acuerdo libre está ausente, el reino se convierte en monarquía, y de acuerdo con Platón, en una tiranía cuando la obediencia no se otorga voluntariamente. Los dominadores soberanos de las casas reales que siguieron al rey Agamenón para entablar la empresa troyana, le ayudaron a él y a Menelao porque esperaban ganar “gloria eterna”, a saber, la *doxa* de la aparición gloriosa en el mundo de los mortales, que sobrevivirá a sus muertes. Sólo en este mundo común donde ellos mismos y todo lo que hacen es visto y advertido por otros, pueden tener esperanza de superar su destino privado de mortalidad, es decir, nacer y vivir y morir como una persona única, que no cambia, que en la intimidad de sus propias preocupaciones no podía esperar dejar ninguna huella de su existencia terrena detrás de ella. Es por su futilidad total que la existencia privada —el *idion* de los griegos, y en menor medida, a causa de la integración de la vida familiar dentro de la esfera política pública, la *res privata* de los romanos— siempre tuvo la connotación de una vida privada de las posibilidades humanas más esenciales. Algo de esta futilidad es inherente todavía en las grandes empresas de la llamada edad heroica. La esfera pública misma, constituida sólo para las exigencias de la acción, desaparece en el momento en que la empresa termina —cuando Troya es destruida, sus personas asesinadas o repartidas como esclavas en las casas de los héroes. Aparentemente, el reino y sus empresas, inspiradas por el coraje de hacer y de soportar —*polein* y *pathein* tienen una relación más estrecha en griego que en cualquier otra lengua; son como dos lados de las mismas *pragmata*, en la medida en que significan las fortunas cambiantes y fluctuantes de los hombres—, comienzan lo que eventualmente emerge en la *polis* como el mundo común de los asuntos humanos más estable (*ta tōn anthrōpōn pragmata*). Este mundo común posterior comprende y asegura la supervivencia para todo aquello que los hombres hacen y sufren mutuamente, por lo que se entiende que la grandeza humana no está restringida a los hechos y al hacedor (*doer*), en el sentido estricto de la palabra, sino que puede ser compartida igualmente por el que padece y la víctima.

Ni para la *polity* griega, ni para la república romana, la acción era la experiencia política central. Está a la base de la ciudad-estado que el pueblo puede vivir permanentemente unido y no sólo juntarse para grandes empresas. Los asuntos políticos en el sentido más estricto y usual surgen entre ciudadanos y las experiencias centrales de los ciudadanos provienen de esta convivencia mucho más que de actuar juntos. En el momento en que la acción sea necesaria, la *polis* volverá a la antigua forma de organización real y los ciudadanos seguirán de nuevo a su líder elegido, el *stratēgos*, para que los conduzca a la guerra, de conquista o defensiva. Pero entonces estas acciones, que normalmente tienen lugar fuera de los muros de la ciudad, están también fuera de la actividad política propiamente dicha; ya no constituyen, como lo hicieron en el reino primitivo, la única esfera en la que los hombres libres se reunían y vivían juntos. Cuando la acción militar se convirtió otra vez en la fundación de una forma de gobierno, no presenciamos la restauración del antiguo reino sino el establecimiento de la monarquía, como cuando los emperadores romanos fueron escogidos como soldados profesionales. La transformación del *stratēgos* en monarca o bien en el *rex* romano —y la palabra *rex* en el siglo V antes de Cristo había sido tan aborrecida para los oídos republicanos romanos, como la palabra monarquía lo había sido para los anteriores oídos griegos—, tiene lugar cuando las guerras se convierten en un asunto cotidiano y la acción militar predomina sobre todos los asuntos civiles. Sólo entonces el gobierno

de un hombre o monarquía adquiere una posición diferente de la tiranía. Sin embargo, la *polis* griega y la república romana están igualmente alejadas de la experiencia original de la acción como el inicio de una empresa, por un lado, y como la acción del último soldado profesional que tiene la visión de la guerra como ocupación diaria por el otro.

Lo que determina la concepción de la esencia de la política, tanto de Platón como de Aristóteles, es la convivencia cotidiana de muchas personas en el interior de las murallas de un espacio limitado. Lo que relaciona a estos muchos entre sí son dos experiencias: *la igualdad* y *la diferencia*. Sin embargo, el sentido de la igualdad tal y como surgió con la fundación de la *polis*, era muy diferente de nuestra creencia en una igualdad universal. Primero, no era universal sino que pertenecía sólo a aquellos que de hecho eran iguales; estaban excluidos de ella por norma los que no eran libres, es decir, los esclavos, las mujeres y los bárbaros. Por tanto, en un principio la libertad y la igualdad eran nociones relacionadas y se consideraba que no existía ningún conflicto entre ellas. En la medida en que la igualdad no se extendía a todos los hombres, no fue vista en el contexto de un destino común de la humanidad, como lo es la igualdad de todos los hombres ante la muerte; ni se medía frente a la realidad abrumadora de un ser sobrenatural, tal y como es la igualdad ante Dios. Ninguno de estos significados de la igualdad entró en la esfera política antes de los siglos de decadencia del Imperio romano. Lo que la igualdad significaba originalmente, en un sentido positivo, era no estar solo y no estar en solitario, porque soledad significa estar sin iguales y el señor de una familia rural no tenía iguales a menos que fuera a la guerra. La gratitud por el hecho de que no el hombre, sino los hombres, habitan la Tierra, encontró su primera expresión política en el cuerpo político de la ciudad-estado.

Allí, entre iguales, no en la supremacía solitaria de una familia rural, la gran pasión griega del *aei aristeuēin*, el esfuerzo de distinguirse como el mejor de todos en toda ocasión, podía desarrollarse dentro de un modo de vida y esperar que diera lugar a una aristocracia, no en el sentido de gobierno de los mejores, sino en el de un predominio constante de los mejores en la vida de la *polis*. En un famoso fragmento, Heráclito nos dice quiénes son los mejores y cómo se les distingue de los ciudadanos comunes: “los mejores prefieren una cosa, la fama inmortal, a todas las cosas mortales; sin embargo la multitud está satisfecha con atiborrarse como el ganado” (B 29). La necesidad de medirse frente a los otros para obtener reconocimiento y mostrar la singularidad irrevocable e invariable de cada hombre que, a causa de que es mortal, debe encontrar y escoger por sí mismo una morada permanente que sobrevivirá a la futilidad perecedera de sus hechos y su mortalidad, era con certeza uno de los motivos más importantes para las grandes empresas de la época más temprana del reino. La gran ventaja de la *polis* sobre el reino es que el mundo público común, allí donde los hechos de los hombres son vistos y recordados, no está encerrado en un tiempo determinado de una gran empresa con su principio y su final, sino que es en sí misma la morada permanente de la posteridad. Por otra parte, la actividad de distinguirse, la misma *aristeuēin*, puede convertirse ahora en una actuación diaria y penetrar en todo el cuerpo político. Mientras la *polis* griega estuvo inspirada por este espíritu agonal permaneció aristocrática, no importa si una oligarquía detentaba el poder del gobierno, como al principio, o si lo detentaba la multitud como en la época clásica. Sus rasgos aristocráticos, el individualismo temerario del *aristeuēin* a toda costa, llevaron finalmente a la *polis* a su perdición, porque hizo casi imposibles las alianzas entre *poleis*.

La contrapartida exacta es la república romana, basada desde el principio en la firma de alianzas con los enemigos derrotados, en las que el *salus rei publicae*, el bienestar que todos tenemos en común, era siempre puesto conscientemente por encima de la gloria individual, con el resultado de que nunca nadie podía llegar a ser completamente él mismo. La diferencia y la distinción eran secundarias respecto de la igualdad, que sólo allí se convirtió en principio de funcionamiento, en un estilo de vida; no como en Atenas, donde era una suerte de plataforma de lanzamiento desde la que comenzar a distinguirse por encima de todos los demás. Lo que Roma y Atenas tienen en común es que el concepto temprano de acción como esencial en la vida política y estrechamente conectado con la idea de las grandes empresas, cedió a la concepción de una vida activa que consiste en el manejo de los asuntos públicos por todos los ciudadanos y en todo momento. El contenido de esta actividad en Roma y en Atenas era diferente, así como el término latino *agere* lo es del *politheuesthai* griego. El primero consistía principalmente en el interminable cuidado vigilante de la fundación de Roma y de sus leyes, el cuidado de la conservación y el aumento que sostenían los ciudadanos como una carga de responsabilidad eterna. Mientras que el otro consistía en la deliberación constante y la consideración común de todas las cosas humanas, porque todo lo esencialmente humano, de acuerdo con el espíritu de la vida de la *polis*, estaba obligado a aparecer y mostrar su verdadero rostro en la esfera público-política. Pero en ambos casos, los ciudadanos que querían llevar una vida activa y participar en las oportunidades más altas que su mundo les ofrecía, tenían que pasar el mayor tiempo posible entre sus iguales —en el gimnasio o en el teatro, en los tribunales o en el mercado, en reuniones populares o en el senado— y el menor tiempo posible en su casa como el cabeza o soberano de una familia. Sus asuntos privados, la gestión de sus hogares o la supervisión de sus trabajadores o la vigilancia de sus granjas, se hacían sitio, por así decirlo, entre las cuestiones sin duda más importantes de las que se ocupaban a diario en público. Por tanto, la misma idea de ocio, ya sea *scholē* o *otium*, significaba específica y exclusivamente ocio de los asuntos público-políticos y no ocio del trabajo, indicando —incluso antes de que los filósofos lo exigieran como el prerequisito del modo de vida contemplativo inactivo—, un tipo de soledad que ni la *polis*, ni la república, con la presencia de sus conciudadanos, estaba dispuesta o en condiciones de otorgar.

309

A la vista de las experiencias políticas reales, las tres formas de gobierno desaparecen en tres formas de convivencia diferentes, pero no mutuamente excluyentes. El reino está fundado, ante todo, en la acción en el sentido de comenzar y llevar a cabo empresas grandes e individuales y como tal fue ideado para ocasiones únicas, no para la vida cotidiana. El reino tiene lugar en la historia griega pero no en la romana, que hasta el final aborreció al *rex* porque la única experiencia de gobierno de un hombre que alguna vez tuvo fue la de la tiranía. Desde que la vida política romana comenzó tras la fundación de Roma, la más alta de las empresas, no tenía experiencia de empresas como puntos de encuentro de los hombres constituyendo su propio mundo común. La historia romana contenía las *res gestae*, las cosas que Roma había cargado sobre sus ciudadanos y que estos habían soportado (*gerere* significa originalmente “soportar”) y de las que se habían ocupado con un espíritu grande y justo.

De nuevo, la aristocracia es ante todo una experiencia griega y consiste en vivir juntos al modus del *aristeuēin*, de lograr distinción y medirse constantemente frente a los iguales. Frente a ello, y no necesariamente en una forma diferente de gobierno, está el espíritu de la república (*polity*) que prosperó en Roma en lugar de en Atenas. El espíritu romano personifica y exalta —a un nivel que para nosotros es difícil de recuperar— la gran alegría que desborda de la compañía de los iguales, el tremendo alivio de no estar solos, que debió haber caracterizado la primera

fundación de centros urbanos y la afluencia de muchos desde sus ocupaciones rurales. Aquí, la posibilidad de un “gobierno mixto” es evidente; no significa más que la integración de las tres experiencias fundamentales que caracterizan a los hombres en la medida en que viven juntos y existen en pluralidad —la combinación de “el amor por la igualdad” con “el amor por la distinción” (como lo hizo más tarde Montesquieu) y la integración de ambas en la facultad “real” de la acción, la experiencia de que la acción es un comienzo y nadie puede actuar solo.

La exclusión de la tiranía como forma de convivencia, como algo distinto del gobierno de un hombre o la monarquía como la peor de todas las formas posibles de gobierno, no es menos manifiesta. Los pecados del tirano se sitúan igualmente en contra de todas las características fundamentales de la condición humana en su aspecto político: pretende ser capaz de actuar completamente solo; aísla a los hombres entre sí al sembrar el miedo y la desconfianza entre ellos; de este modo destruye al mismo tiempo la igualdad y la capacidad del hombre de actuar y no puede permitir a nadie que se distinga a sí mismo y, por tanto, comienza su dominio con el establecimiento de la uniformidad, que es la perversión de la igualdad.

Es este pasado y sus extraordinarias experiencias políticas el que la tradición conceptualizó cuando definió las formas de gobierno en el marco de gobernar y ser gobernado, del derecho y el poder. Como hemos señalado, nada podía ser más ajeno a estas experiencias que la división entre gobernantes y súbditos, en la medida en que gobernar era precisamente una condición prepolítica para vivir juntos y, por tanto, en los términos de la Antigüedad esto sólo podía significar que una categoría de la vida privada era aplicada a la esfera público-política. De hecho, nada es tan característico de los aspectos negativos de la historia griega como la incapacidad de los griegos para gobernar, que se manifestó desde la gran empresa troyana —que concluyó con la destrucción de Troya, la muerte de sus hombres y la esclavitud de sus mujeres y niños— hasta el comportamiento nefasto de Atenas hacia los melios en la guerra del Peloponeso y en general hacia todos sus aliados. Los griegos nunca fueron capaces de gobernar en ningún lugar a los pueblos conquistados, es decir, establecer el gobierno (*rulership*) como un principio político válido frente a la destrucción por un lado y la esclavitud por el otro. La conquista y la destrucción podían enriquecer la esfera privada de los ciudadanos; estos nunca pudieron establecer una esfera pública en la que los ciudadanos como ciudadanos gobernarán sobre otro pueblo tal y como los cabezas de familia gobernaban a sus esclavos y mujeres. Ésta es precisamente la ausencia de gobierno en el ámbito público que caracteriza la específica crueldad de la historia griega.

310

Ciertamente, Roma tuvo la grandeza de resolver este problema. Sin embargo, su solución no es tampoco en términos de gobierno. El *dominium* así como el *imperium* se basaban en la capacidad romana de establecer *societates*, alianzas con antiguos enemigos. El poder romano se expresa en el establecimiento de ámbitos públicos concretos entre Roma y sus vecinos, sean enemigos o amigos, de modo que nace un mundo común que no es ni idéntico a Roma, ni al antiguo estatus político de los conquistados. Es, de manera muy específica, un mundo en sí mismo entre ambos, fundado en la ley romana, pero no en la ley válida para los ciudadanos romanos, sino en una ley específicamente diseñada para funcionar en medio, el *ius gentium*, una especie de árbitro entre las leyes diferentes y extrañas de las ciudades. Roma se convirtió en “el señor universal” sólo en su decadencia, y entonces destruyó el mundo común, la primera confederación que había construido, el *Imperium Romanum* en el cual el poder (*imperium*) se sostiene por la *gloria et benevolentia sociorum* tal y como dice Cicerón (*De Off. III, 88*), por la gloria de Roma y la buena voluntad de sus aliados.

R  
E  
L  
E  
Y  
E  
N  
D  
O

Por lo tanto, fue sólo durante la decadencia y tras la caída del Imperio romano cuando la división tradicional entre gobernantes y gobernados como una necesidad básica para todas las comunidades organizadas, pudo basarse en una experiencia igualmente básica en el ámbito político. Durante este mismo periodo de la Antigüedad moribunda, la distinción más fundamental sobre la que se había apoyado toda la vida política en el mundo antiguo —la distinción entre un mundo de los libres, el único político, y el gobierno doméstico sobre los esclavos, que permaneció privado— se hizo cada vez más difusa. En parte a causa de que la esfera privada recibió un nuevo énfasis casi de manera automática y en parte porque muchos antiguos esclavos habían sido liberados, la distinción misma no era ya de una gran importancia. Pero a partir de entonces, la división tradicional entre aquellos que gobiernan y aquellos que son gobernados siguió creciendo en importancia durante la Edad Media y los primeros siglos de la Edad Moderna. El hecho de que toda la esfera de la vida política y el mundo común en el cual se mueve está fundamentalmente estructurada por esta división, se convirtió en el supuesto básico de la tradición del pensamiento político occidental. Donde se carece de esta división, como por ejemplo en las esperanzas utópicas de una sociedad futura en funcionamiento sin la intervención de un poder del Estado claramente definido, la conclusión inevitable es que toda la esfera de la política, y no sólo el Estado, se desvanecerá.



## Debatiendo: La selección del profesorado en la universidad española (II)

Mª. Araceli Sanchís de Miguel  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[masm@inf.uc3m.es](mailto:masm@inf.uc3m.es)

Este artículo pretende continuar el debate sobre la selección del profesorado iniciado por el profesor Álvarez en esta misma revista. En su artículo el profesor Álvarez presenta el actual sistema como el más inadecuado de los introducidos desde la LRU de 1983. A partir de una concepción de la sociedad como corrupta y con un alto declive moral que extrae a la universidad, analiza en primer lugar la selección antes de la LRU, que describe como falta de limpieza, pero de la que alaba la publicidad y su ámbito nacional. Analiza el sistema actual, criticándolo y considerándolo formado únicamente por la fase de acreditación pues califica al concurso de mero trámite. Aplica el adjetivo corrupto de nuevo, habla de falta de abstención, amiguismo y falta de especialización y alega que la evaluación se basa en el principio de que todas las materias están regidas por idénticos criterios metodológicos -los de las ciencias duras. Termina el artículo planteando un sistema de selección de profesorado. No cabe analizar si es mejor o peor, simplemente no es posible en nuestra legislación.

312

En los últimos 30 años hemos convivido con tres sistemas de selección de profesorado: el establecido por la LRU de 1983, la LOU de 2001 –con la habilitación nacional- y el vigente en la actualidad, propuesto en la LOMLOU de 2007. Los tres sistemas tienen evidentemente ventajas e inconvenientes, pero el actual presenta algunos rasgos que, entiendo, lo hacen mejor que los dos que lo han precedido. Con el conocimiento del sistema desde dentro –Ministerio de Educación y ANECA- y desde la Universidad voy a tratar de desgranar las cualidades y puntos de mejora de este sistema de selección del profesorado.

El sistema actual de selección de profesorado, que puede ser mejorable, se basa en que la decisión respecto a los profesores que reclutan y, por tanto la responsabilidad, es de las universidades. Esta manera de seleccionar profesores nos acerca a las universidades de referencia, según como se ejerza, como comentaré más adelante. Aún así, el sistema introduce un control previo que no existía en los sistemas anteriores y que actúa como un filtro previo, contrapunto de esa mayor libertad de las universidades.

Así, si analizamos el sistema de selección de profesorado, en primer lugar hay que destacar la propia división del proceso en dos fases, la acreditación nacional, un filtro previo alejado de la universidad, y el posterior concurso entre acreditados dentro de una universidad. Esta división también afecta a la forma de evaluar al profesorado en cada una de ellas. La primera fase –acreditación- está basada en indicios secundarios, no entra en el contenido, sino que aplica la máxima de que los buenos trabajos están publicados en buenos medios, los buenos proyectos son competitivamente financiados en buenos programas, las estancias útiles tienen una duración mínima, producen resultados y se hacen en centros de

referencia y así sucesivamente. La segunda fase, el concurso, introduce la evaluación pública, competitiva y, lo que es más importante, por pares, entrando en el contenido de las publicaciones y discutiendo con los candidatos todos aquellos aspectos que requieran de un conocimiento experto. En resumen, la primera fase es más cuantitativa y la segunda de tipo cualitativo.

En el artículo del profesor Álvarez se insiste mucho sobre lo importante que es para una buena selección del profesorado la publicidad y la demostración de la capacidad de cada candidato en ejercicios públicos. La publicidad no es un fin en sí mismo, sino un medio para certificar lo realmente relevante, que es que haya garantías de que quién va a formar parte de los cuerpos docentes tiene un currículum con unos méritos mínimos, lo cual no obsta para que esos mínimos varíen entre disciplinas/ramas. Me temo que no soy la única que he visto a candidatos superar pruebas pese a sus escasos méritos, pero con público y publicidad, y presenciado cómo se desmontaban buenos currículos, a base de fuertes ataques personales en las habilitaciones, para quitar buenos candidatos del medio, también con su público y su publicidad. Ni la publicidad ni el público resultan en sí mismos una garantía en los procesos de selección.

Por lo tanto, ¿qué supone, de bueno la acreditación frente a otros sistemas de selección de profesorado? Pues que cuando uno está acreditado, sus colegas pueden tener la certeza de que cumple unos requisitos mínimos, con una cierta holgura en cuanto al tipo de perfil, y con estos acreditados, las universidades pueden hacer su política de selección de profesorado. Entonces, ¿es, la acreditación el mejor sistema planteado hasta el momento para asegurar que los profesores que van a concursar por una plaza están en condiciones de hacerlo? Para mí, la respuesta es que sí, aunque no voy a negar que el sistema necesita algunos cambios imprescindibles.

Las personas, las universidades y los méritos académicos y su evaluación, son los que son, pero el sistema de acreditación nacional seguido de concurso permite mayores garantías respecto a las personas, pues se exige un fuerte compromiso ético –inédito en el sistema universitario hasta ese momento–, se trabaja con unos mínimos curriculares para obtener la acreditación, por rama y familia de áreas –a los que llamaré referentes– y con el concurso se contrasta la capacidad de los que superan la fase de acreditación.

Así, los cambios que haría en la acreditación nacional se relacionan con la necesidad de reforzar la transparencia y publicidad en las comisiones y con los referentes. Se trata de potenciar las dos ventajas que supone este sistema de selección de profesorado. Trataré de exponer cómo el sistema puede ser transparente y de analizar el problema de los referentes, que es, en mi opinión, la clave de las críticas al proceso y que se pueden resumir en: que son poco claros o discrepantes en ocasiones con los que comparte la comunidad científica y que mandan señales confusas o erróneas sobre lo que es un buen currículum. También analizaré otras críticas, algunas recogidas en el artículo del profesor Álvarez, como la falta de garantías, o la corrupción.

Comencemos por la acreditación. La propuesta es buena; sin embargo su traslación desde el RD1312/2007 al documento de referencia “Principios y Orientaciones para la aplicación de los Criterios” se traduce en una falta efectiva de referentes, entendiendo por referente los contenidos requeridos para conseguir una acreditación positiva en cada familia o grupo de áreas o rama. Alegando que un currículum es diferente de la suma de los méritos que lo componen, se confeccionó un documento referencia del sistema que sigue vigente.

La falta de referentes claros es el aspecto que empezó a minar el sistema en 2008 porque se traducía en una falta de transparencia, esta es una carencia que es imprescindible corregir. Se detectaron fallos en el documento provocados por el excesivo desglose que posee y que se pueden resumir en que permite la confección del currículo a base de sumar méritos de muy escasa entidad y en que la falta de méritos menores –como pueden ser, por ejemplo, los cursos de formación docente– hacen que se pierdan irremediablemente bastantes puntos (o que se ganen a base de sumar ese tipo de méritos), o que el profesor que sólo haya realizado trabajos académicos en la universidad y no posea experiencia profesional fuera de ella, pierda otros tantos puntos. Estos referentes fueron definidos inicialmente por representantes académicos de las diferentes ramas y plasmados en el referido documento.

Para poder evaluar de forma coherente dentro de un sistema en el que los evaluados interaccionarán entre ellos, es imprescindible conocer los mínimos –referentes– que se aplican, en aras de la publicidad y objetividad de las que también habla el profesor Álvarez. Es cierto que los referentes son algo vivo, que habrá que ir ajustándolos y que no están claros en todas las ramas.

La Agencia Nacional de Acreditación (ANECA), es la encargada de gestionar este proceso y de velar por el cumplimiento de la norma. Así, transcurrido un tiempo, con perspectiva y tras el análisis de los primeros resultados, desde la ANECA se hizo un gran esfuerzo de transparencia y de ajuste, que culminó con la presentación y aprobación en el Consejo de Universidades de una nueva versión del documento de Principios y Orientaciones (versión 2.0), donde se solventaban los citados problemas y se hacía un gran esfuerzo por concretar los referentes, incluyendo indicadores de calidad. Sin embargo, este documento fue retirado, sin discusión y sin llegar a aplicarse, a finales de 2011. Situados en 2014 sorprende que los responsables políticos no hayan reaccionado, reiterando o modificando la propuesta, pero, en definitiva, actualizado un documento que es, a todas luces, mejorable.

314

La falta de transparencia sobre los referentes genera la sensación tanto de que se accredita cualquiera como de que no se accredita nadie; ambas igual de malas, pues hacen que la comunidad académica no confíe en el sistema. Además, se envían mensajes equivocados a los aspirantes a profesor. Tomemos como ejemplo cómo está cambiando el modo de publicar de los profesores de Derecho según el profesor Álvarez. En su opinión, y por culpa del sistema de acreditación se fragmentan los trabajos en varias monografías y artículos, se duplcan trabajos con cambios menores y títulos muy diferentes, amén de otras patologías que cita. De ser esto cierto, se debería principalmente a que no se conocen los referentes y se especula sobre ellos, puesto que en las comisiones de CCSSJJ hay juristas –que son los que evalúan, no los pedagogos como parece creer el profesor Álvarez, y que supone un ataque tan descarnado al sistema que resulta imposible de creer–; tampoco podrá creer nadie seriamente que se apliquen referentes que no sean coherentes con lo que valora o con lo que opina la comunidad de juristas. Es cierto que se evalúa por áreas afines, de forma que no siempre hay un penalista en la comisión, pero en ese caso habrá un administrativista o un fiscalista, un jurista en definitiva, y normalmente más de uno. En resumen, es fundamental que cada familia académica conozca los referentes empleados y que haya consenso, pues así se incrementa la confianza y la transparencia del sistema. Cuando todo el mundo sabe en qué entornos se mueve la acreditación, no pasarán desapercibidos los casos que se quieren evitar: los que pasan sin tener méritos y, el caso peor en mi opinión, los que no pasan teniendo méritos.

R  
I  
N  
C  
O  
N

La segunda fase, el concurso, también es criticada como inservible, un mero trámite preparado *ad-hoc*, localista y sin publicidad. ¿Qué causas han hecho que el concurso también sea denostado cuando no se diferencia tanto del sistema establecido en la LRU? Una crítica feroz y reiterada fue que rápidamente a cada acreditado se le sacaba una plaza, tan rápido y tan en silencio que no había competencia. Los acreditados hablaban de “su plaza” y en algunos casos se cuidaban tan poco las formas que, el propio candidato elegía el tribunal y se jactaba de ello... En fin, un despropósito, y en ello coincido con el profesor Álvarez, pero que se ha producido igualmente con los sistemas anteriores, como el propio profesor Álvarez reconoce.

Aquí, a pesar de todo, tengo que continuar apoyando este sistema y romper una lanza por él. Es un sistema que permite hacer política de profesorado a las universidades que quieran hacerla y no se conformen con actuar como meros gestores administrativos. Así, hubo universidades que sacaron una plaza para cada acreditado, otras optaron por no sacar ninguna hasta que hubiera un número mínimo de acreditados para garantizar la competencia y la posibilidad de elegir a los mejores; unas universidades fueron más estrictas a la hora de nombrar y configurar los tribunales para los concursos, otras los elegían por designación a propuesta de los implicados, etc. Es cierto que la norma ha permitido a algunas universidades ser menos selectivas, como en el pasado, pero en este caso, si la acreditación ha funcionado, el cumplimiento de mínimos está garantizado y la universidad debe tomar esa decisión puesto que se trata de su claustro de profesores, como ocurre en las universidades del mundo; si la acreditación no funciona y selecciona mal, la universidad no tiene por qué sacar plazas, y las comisiones no tienen por qué promover a personas inadecuadas. Los defectos del sistema deberían compartirse entre la acreditación, la política de plazas de las universidades y los concursos, nunca sólo sobre la acreditación; sus limitaciones no parecen algo tan grave como para definir el sistema completo como aberrante.

315

---

De todas formas, la crisis ha introducido en el sistema la competencia que algunos reclamaban. El goteo de plazas se detuvo y ahora la competencia entre los acreditados va a ser obligatoria.

¿Y por qué, si en la fase de concurso se introduce la deseada competencia, todavía hay gente que quiere que se cambie el sistema de selección de profesorado? Creo que la respuesta es porque la crítica al sistema, realmente lo es a la acreditación.

Así que, además de las críticas analizadas, también se critica y acusa al sistema de ser falto de garantías, incluso corrupto, poco especializado y especialmente de no entrar en el contenido de los artículos, ya que toma como garantía de calidad el medio que lo publica, al ser una evaluación secundaria.

El profesor Álvarez indica que la clave de cualquier sistema de selección del profesorado son las personas que lo aplican. No puedo estar más de acuerdo con él; por ello no entiendo que sea precisamente el sistema que tenemos desde 2007 –acreditación nacional, seguida del concurso público en la universidad– “esencialmente corrupto y privado de cualquier mecanismo externo de control”. Todos los sistemas de evaluación del profesorado requieren personas que los apliquen.

Si se analizan estos aspectos y comenzamos por las garantías, se pueden exponer los argumentos que considero apoyan que es un sistema garantista y que cuenta con mecanismos de control. Recordemos en primer lugar que hay una

comisión por cuerpo (CU y TU) y rama (Ciencias, Artes y Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas, Ciencias de la Salud e Ingeniería y Arquitectura). La composición y la forma de selección están bien definidas y son públicas. Los vocales de las comisiones se eligen por sorteo entre los profesores con un determinado número de sexenios; la evaluación es secundaria y basada en indicios objetivos de calidad, por eso no es necesario que haya especialistas de cada materia sino por grupos de áreas. El currículo de los vocales es público. Las comisiones se renuevan periódicamente. Además, participan con un informe no vinculante, pero que se entrega al candidato, dos expertos del área de conocimiento, para complementar la evaluación de la comisión, de forma que si ésta no coincide con la evaluación de los expertos, tiene que motivar por qué.

Si con estos miembros se obtiene una evaluación con la que el candidato no está conforme -negativa-, se puede elevar una reclamación; el Consejo de Universidades la analiza y, si estima que puede haber razones para ello, la devuelve a la ANECA para que se realice una nueva evaluación, que es llevada a cabo por una comisión diferente pero elegida con los mismos criterios de objetividad y sexenios. En caso negativo, pues, el candidato tiene oportunidad de que su expediente sea revisado por vocales diferentes.

Además, en todas las fases del proceso cabe la recusación, tanto de los miembros de la comisión, como de los expertos.

Si comparamos este proceso con cualquiera de los anteriores, incluida la habilitación, ninguno de ellos contaba con la posibilidad de una segunda evaluación técnica. Creo que con estas condiciones no se puede calificar al sistema de no contar con mecanismos externos de control, sin olvidar que la fase dos, el concurso entre acreditados, permitiría ejercer el control sobre el otro caso, el de los que sin tener méritos, pasan. Por competencia con sus pares esta circunstancia quedaría en evidencia. No podemos negar que, al igual que ocurría con los sistemas anteriores, los tribunales podrían no actuar objetivamente y no rechazar a los malos candidatos; ante este hecho sólo cabe mencionar lo que ya se ha dicho: la clave de la selección del profesorado son las personas que lo aplican.

El problema es que desde 2012 los concursos están suspendidos, justo cuando empezaba a haber un número de acreditados interesante, lo que ha impedido que este segundo mecanismo de ajuste entrara en funcionamiento y que se pueda valorar objetivamente la evolución del sistema de acreditación seguido de concurso.

Entonces, ¿por qué se habla tanto de la falta de garantías de la acreditación? ¿Sólo porque no es un proceso presencial? Yo creo que el problema vuelve a estar en los referentes que, al no ser conocidos y claros, las personas no consiguen compararse. Además, al no ser explícitos los referentes, los que no lo han conseguido, dudan de los que han superado el proceso. Hay más datos que apoyan esta hipótesis. Así, en las disciplinas en las que están claros los referentes, como por ejemplo en Ciencias, que poseen claros referentes a nivel nacional e internacional, el porcentaje de éxito entre los acreditados es el más alto (sólo se solicita la acreditación cuando se sabe que se poseen los méritos necesarios para ello) y el de reclamaciones el más bajo, en comparación con otras ramas. Hay otras disciplinas en las que hay que hacer un esfuerzo mayor, que pasa también porque la academia se pronuncie de forma consistente y porque esas opiniones se tengan en cuenta y se plasmen en un documento.

Entre los mecanismos de control, además de los ya mencionados, no podemos olvidar el código ético que deben firmar los vocales para formar parte de una comisión. El código ético supone un fuerte compromiso de imparcialidad, de abstención en caso de conflicto de intereses y de confidencialidad. Cuando se habla de vocales que no se rigen por este espíritu, solo podemos recordar que la firma y aceptación del código ético es personal y es obligatoria para actuar como vocal. Cada uno debe ser coherente con los compromisos que adquiere. La ANECA vela por que sea así, pero evidentemente la ética de los vocales en muchos casos excede de su ámbito. Además, en una comisión hay unos 11 vocales y, esta es una reflexión personal, debe haber una ética de la comisión. En cualquier caso, debe ser un aspecto a reforzar, especialmente en una cultura como la nuestra, donde no hablar –tanto para glosar virtudes como para presentar defectos- parece ser tan difícil... Insisto, no estoy de acuerdo con que seamos un país profundamente corrupto, pero sí creo que estamos en un momento en que debemos poner a la ética y el buen hacer por encima de muchas otras cualidades. Finalmente, no debemos olvidar que los vocales se abstienen, saliendo de la sala, de la evaluación de los expedientes de la universidad a la que pertenecen. En el tiempo que trabajé en la ANECA era habitual ver a los vocales paseando o leyendo o trabajando en otra sala porque se estaban absteniendo. La ANECA ejerce una función de vigía también de estas situaciones, que al ser explícitas, son conocidas *a priori*.

Así, la idea que resume esto es que con evaluadores cualificados, objetivos y que cumplen sus compromisos éticos cualquier sistema funciona y si no lo son, ninguno sería válido. En todo caso, el sistema propuesto, con sus puntos de mejora, como ya se ha expuesto, puede permitir que el sistema funcione.

Para concluir, me gustaría hacer una reflexión sobre la ética de los candidatos. Esto tampoco es algo exclusivo del sistema de selección del profesorado que estamos analizando, pero sí que este sistema se preocupa por la veracidad de los datos de currículu y la autenticidad de los méritos que se acreditan. Es este aspecto de una importancia crucial. Siempre me lo había parecido, pero en el escenario de corrupción que se pinta en el artículo del que partimos, más aún. Cada solicitante debe firmar una declaración de veracidad en la que se responsabiliza de la autenticidad de todos los méritos que acredita. En la ANECA se revisan de oficio esos méritos, entregando a las comisiones evaluadoras un listado con el detalle de los méritos que no han podido ser verificados. Esto tampoco era posible en los sistemas anteriores y constituye una garantía adicional más.

En resumen, si bien no hay un sistema de selección del profesorado perfecto, el que tenemos en la actualidad cuenta con las características para ser un buen sistema. Cuenta con mecanismos de garantía y control, introduce la ética personal tanto en evaluadores como en candidatos y permite asegurar que quienes opten a una plaza, cumplen con unos méritos mínimos. Sin embargo, resulta imprescindible trabajar en la actualización y explicitación de los referentes, potenciar el papel de la ética personal y de las comisiones y por último, resulta imprescindible la coexistencia acreditación – concurso para que el sistema se asiente y sea evaluable en su conjunto. Finalmente, me gustaría insistir en la responsabilidad de las universidades; no creo que estemos ante un problema del sistema, sino de las universidades. La segunda fase es el procedimiento común de las universidades de referencia del mundo, con autonomía y responsabilidad. Así, mientras las universidades no se responsabilicen de las decisiones que toman, mientras no lo hagamos los profesores, cualquier sistema de selección de profesorado será insuficiente.



## Debatiendo: Por un modelo colegial

José Juan Moreso  
*Universidad Pompeu Fabra, Barcelona*  
[josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

Thus conscience does make cowards of us all;  
And thus the native hue of resolution  
Is sicklied o'er with the pale cast of thought,  
And enterprises of great pith and moment  
With this regard their currents turn awry,  
And lose the name of action.

William Shakespeare, *Hamlet*, III.1

### 1. El diagnóstico de F.J. Álvarez García: un amargo diagnóstico

El trabajo del profesor Álvarez García (2013: 139-158)<sup>1</sup>, publicado en el último número de esta revista sobre el modelo de selección de profesorado que se aplica en las universidades españolas, comienza con un epígrafe titulado ‘El ser y la Historia’ en donde expresa el siguiente juicio global sobre la universidad española (p. 140): “No resulta obligado establecer un ranking, y ni siquiera un listado pues éste sería interminable, de qué institución española es la más corrupta, pero no cabe duda de algo: en esa competición la Universidad estará siempre peleando por los puestos de cabeza...”

Se trata de un amargo diagnóstico. Desafortunadamente no viene acompañado por ninguna documentación ni prueba empírica que sustente dicho diagnóstico. No conozco estudios comparativos acerca de la corrupción en las diversas instituciones españolas. Pero sí disponemos de estudios acerca de cuál es el grado de confianza que los españoles depositan en las profesiones con relevancia pública y en las instituciones. En uno de los estudios demoscópicos para el barómetro del diario *El País* (los resultados de estos estudios no han sufrido cambios significativos en los últimos años)<sup>2</sup>, la universidad española recibía una calificación (entre 0 y 10) de 6,8 junto con la sanidad pública, sólo superadas por las profesiones de científico y médico, que recibían un 7,4. Por ejemplo, los jueces recibían un 4,8, los empresarios un 4,6 y los políticos un 2,6. Huelga comentarlos.

<sup>1</sup> Las páginas entre paréntesis se refieren siempre a este trabajo.

<sup>2</sup> *El País*, 8 de agosto de 2011.

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

Por otro lado, es un hecho, del que tenemos evidencias empíricas, que la investigación y la universidad española han mejorado inmensamente durante los últimos treinta años. España ha pasado a ser el noveno país del mundo en publicaciones científicas. Algo impensable hace sólo diez años. Y nuestros universitarios son estudiantes competentes cuando van, en el contexto del programa Erasmus, a las mejores universidades europeas.<sup>3</sup>

En cualquier caso, diagnósticos tan amargos conducen a la melancolía. Y no creo que sea una época para la melancolía. Por este motivo y porque los argumentos esgrimidos por el autor lo merecen, voy a intentar una réplica. El trabajo sólo se ocupa, de hecho, del proceso de selección del profesorado en la universidad española. Se trata sin duda de una de las cuestiones centrales en la institución universitaria, pero no es la única importante (la financiación, la gobernanza son señaladas como relevantes en todos los estudios al respecto).<sup>4</sup> En la primera parte del estudio describe el sistema actual de selección del profesorado universitario y pone de manifiesto sus defectos. En este apartado hay muchas observaciones certeras que trataré de subrayar. Hay también algunas exageraciones y algunos olvidos que también trataré de destacar. La segunda parte contiene, bajo el epígrafe ‘Una alternativa’, un conjunto de propuestas de cambio del actual sistema de selección de profesorado. Como creo que el ideal que ilumina esas propuestas está claramente desenfocado voy a intentar mostrar las razones por las cuales no debemos perseguir los cambios que el autor propone, sino otros que –a menudo– van en una dirección opuesta.

## 2. El diagnóstico

319

Lo primero que sorprende de la descripción del autor es que compara el antiguo sistema de oposiciones anterior a la reforma universitaria de 1983 (la conocida como LRU) con el actual sistema, establecido por la modificación de la LOU de 2001 que tuvo lugar en 2007 (conocida como LOMLOU), y que consta de dos fases: una acreditación previa de los currícula por parte de comisiones de evaluación a tal fin establecidas en la ANECA, y una segunda fase, con concurso público, convocado por cada universidad con el procedimiento y comisiones que ellas decidan. Eso deja sin analizar los dos modelos que la universidad española de este período democrático ha usado: el primero, establecido por la LRU, de concursos públicos en cada Universidad pero con tres de los cinco miembros designados por un sorteo entre los profesores del área de conocimiento en cuestión; y el segundo, establecido por la LOU, de dos fases como el actual, sin embargo la primera consistente en una habilitación nacional con un conjunto máximo de posibles habilitados predeterminado y con una comisión formada por siete miembros sorteados entre los profesores del área de conocimiento que reunían determinados requisitos de número de sexenios de investigación reconocidos. Como resultará claro, es obvio que el autor favorece un sistema como el de la habilitación. No obstante, habría sido interesante que nos mostrara que durante este período la selección fue mejor que durante los dieciocho años anteriores.

Si comprendo bien, el autor considera que los órganos encargados de la selección (se refiere a las comisiones de ANECA) actúan de forma corrupta y secreta (los nombres de los integrantes de las comisiones son públicos pero no los de los evaluadores que realizan los dictámenes previos sobre los candidatos). No se guían conforme a los méritos científicos de los candidatos, sino conforme a las filias

<sup>3</sup> Un diagnóstico ecuánime y detallado de la situación de las universidades y la investigación en España (con especial énfasis en Cataluña) puede hallarse en los dos estudios del Rector de la Universidad Rovira y Virgili, Francesc Xavier Grau (2011; 2012).

<sup>4</sup> Véase por ejemplo el influyente Aghion, Dewatripont, Hoxby *et al.* (2007).

y fobias que proceden de la cercanía de los candidatos, de la pertenencia a determinada familia o escuela. Por otro lado, el autor considera también que se ha uniformizado el modelo de evaluación, sobre todo de las publicaciones, con arreglo a los patrones de las disciplinas procedentes de las matemáticas, las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la salud. Las ciencias sociales y las humanidades han quedado en una posición delicada por dicha razón (pp. 141-143).

A continuación desgrana una serie de críticas a los procedimientos de evaluación de la investigación, de la docencia y de la gestión.

Como he señalado, se hallan en estas páginas atinadas observaciones y críticas que deben ser tenidas en cuenta. Me referiré a tres de ellas, que considero fundamentales y que comparto:

a) Acerca de la evaluación de la investigación nos previene de lo que podemos denominar *fabricantes de currícula*. Haber establecido puntos para todo genera incentivos para tal fin. Alcanzar la acreditación se convierte en una especie de cartilla por puntos. Y claro, ello favorece a los que saben estratégicamente publicar en los lugares adecuados, cuántos más trabajos mejor. Si es posible sobre materias distintas, mejor. Los libros no cuentan tanto como los artículos (algo que puede ser verdad en física teórica, pero que es falso en filosofía o literatura en todo el mundo, también en las mejores universidades).

Recientemente hemos recibido advertencias en este sentido procedentes de científicos destacados, la última de uno de los premio Nobel de Medicina de 2013 (Schekman, 2013). Creo que el autor lleva razón al formular estas advertencias. Si se me permite decirlo con una distinción de Ludwig Wittgenstein, tendemos a confundir los *síntomas* con los *criterios*. La publicación en determinada revista o en determinada editorial, el número de citas, la dirección de proyectos de investigación, las estancias en centros de investigación extranjeros, etc., son sólo los *síntomas* de la calidad de una trayectoria investigadora. Pero la calidad se *acredita* por el valor del contenido de las publicaciones. Algo que un evaluador sólo puede hacer adecuadamente si reúne dos condiciones: es competente en dicha materia y lee con atención los trabajos que evalúa.

320

b) También lleva razón el autor en denunciar un modo especialmente perverso de valorar la docencia (pp. 150-152) que otra vez prima la cantidad y la variedad sobre la calidad. Es más, contar como elementos para la evaluación de la docencia la asistencia a todo tipo de cursos pedagógicos es, directamente, una perversión. Es obvio que todos hemos de usar aquellos instrumentos que mejoren nuestro trabajo profesional, pero de nuevo no debemos hacerlo como si fuesen vallas que saltar o algo por el estilo.

c) Estoy también muy de acuerdo en que la gestión no debe ser contada a la par que la docencia y la investigación. Un profesor universitario es un docente y un investigador. No es necesariamente un gestor. No es razonable lanzar el mensaje de que para la promoción profesional debe haberse ocupado cargos de gestión. Es obvio que el desempeño de las labores de un profesor con responsabilidades comporta unas mínimas labores de gestión, para coordinar la docencia que se le encarga, para liderar un grupo de investigación. Pero los profesores deberían saber que sin haber ocupado ningún cargo de gestión se puede alcanzar la máxima posición académica que esté establecida. Lo que, por cierto, es compatible con tener en cuenta esta gestión a aquellos que la han realizado, como un elemento más de su trayectoria. Nunca una condición necesaria, aunque pueda ser una condición contribuyente.

No obstante, creo que hay un consenso amplio en la academia española (incluyendo los debates y las reflexiones, hasta donde sé, en la propia ANECA) para transitar hacia un modelo de acreditación que sustituya el actual. Un modelo no por puntos sino por una evaluación más cualitativa. Por ejemplo: las comisiones deberían calificar a los candidatos en tres categorías, A –merecedora directamente de la acreditación-, B –pendiente de una valoración más global y detallada de los diversos elementos- y C-no merecedora de la acreditación en este momento-.

Lo que he dicho ya responde a una de las críticas del autor: la uniformización del procedimiento. Repito que lleva razón: los criterios para seleccionar a los mejores matemáticos no coinciden con aquellos que seleccionan a los mejores arquitectos, y los mejores filósofos responden a cualidades diferentes de los mejores químicos inorgánicos. Respecto del ‘amiguismo’, quiero solamente matizar que (tal vez, no tengo pruebas sino sólo indicios) en nuestros ámbitos jurídicos el poder de las escuelas y familias es mayor que en otros ámbitos. Y esto se debe a que cuando fueron creadas las áreas de conocimiento (ahora en declive) en 1983, las corporaciones de catedráticos de Derecho lucharon, y lo consiguieron, para que cada cátedra anterior al sistema tuviera su área de conocimiento. Congelando por treinta años un mapa de especialidades jurídicas que estaba sesgado por múltiples contingencias históricas y políticas. De este modo consiguieron evitar uno de los fines que la LRU perseguía al crear los Departamentos, acabar con los poderes, a menudo despóticos, de las cátedras universitarias, cosa que sí consiguieron en la mayoría de campos científicos (normalmente con áreas de conocimiento grandes capaces de diluir los micropoderes del pasado). Lo evitaron porque los departamentos jurídicos de nuestras universidades fueron, y en gran medida todavía son, confederaciones de áreas de conocimiento y no las unidades operativas que la universidad actual precisa.

321

### 3. El remedio

En el mejor y más completo estudio sobre la universidad española que conozco, habitualmente conocido como *Informe Bricall* (2000) -fue encargado por la CRUE, la conferencia de rectores de las universidades españolas, al profesor Josep M. Bricall, que hasta poco antes había sido rector de la Universidad de Barcelona y presidente de la Conferencia de Rectores de las universidades europeas, precedente de la actual *European University Association*-<sup>5</sup> en su capítulo octavo se distinguen, siguiendo a B. R. Clark (1983), tres modelos de gobierno de las universidades:

a) El modelo *burocrático-funcionario*: Las universidades dependen completamente del Estado que fija las titulaciones que se pueden alcanzar, los planes de estudio de dichas titulaciones, establece los mecanismos de acceso a las categorías de profesorado-funcionario, financia las universidades con dinero público.

Antes de considerar las críticas a dicho modelo, pensemos también en su atractivo: se respetan las condiciones de igualdad, mérito y capacidad. Cuando funciona bien realmente produce resultados tan admirables como son las *Grandes Écoles* francesas.

b) El segundo es el modelo *empresario-gerencial*: Financiación privada, orientado al mercado y a los resultados. Un consejo de administración lo gobierna y nombra un presidente o consejero delegado (un CEO) que selecciona a los

<sup>5</sup> Para un informe que ya toma en cuenta las consecuencias de la adaptación al espacio europeo de educación superior (aunque sólo para Cataluña) puede verse *Associació Catalana d'Universitats Pùbliques – ACUP* (2008).

estudiantes, al profesorado y a los trabajadores de la administración con criterios de eficiencia económica. Las grandes universidades del mundo, aún privadas (Harvard, Yale, Chicago, Princeton, Stanford, por ejemplo,) no siguen este modelo. Pero tal vez sea el modelo de muchas y prestigiosas *Business Schools* del mundo. Son claramente más flexibles que las demás, más capaces de adaptarse a las necesidades del entorno económico y profesional.

Pero no son buenos modelos. Son una especie de Escila y Caribdis que hemos de sortear. El modelo *empresario-gerencial* no es un buen modelo, entre otras razones, porque desconoce el hecho que el conocimiento en la universidad, y éste es su rasgo más destacable, está fragmentado y atomizado. Por lo tanto, no puede gobernarse de arriba hacia abajo: es el profesor de derecho penal el que sabe que hay que explicar e investigar en la materia, como lo es el de literatura medieval en la suya.

El modelo *burocrático-funcionarial* parte de la desconfianza absoluta hacia la universidad y, por dicha razón, coloca una ingente cantidad de controles previos: catálogo de titulaciones, directrices de planes de estudio, selección centralizada del profesorado, mediante concursos públicos en los cuales debe mostrarse el conocimiento de la materia (oposiciones al fin y al cabo). Ahora bien, *a posteriori* los controles son nulos. Todos hemos vivido en este sistema y sabemos que nunca se comprobó *a posteriori* la adecuación de un plan de estudios, y cuando alguien era nombrado catedrático nunca más se le exigió que rindiera cuentas de nada (en 1989 se introdujeron las evaluaciones de docencia e investigación, estas últimas se han revelado el mejor incentivo para animar la investigación en nuestro país).

No obstante, es este el modelo que defiende el autor. Cree que es el único capaz de seleccionar a los mejores y dejar de lado a los que no son competentes. No sé porqué exactamente lo cree. Él mismo reconoce las inmensas injusticias que se cometieron con este sistema. Todos conocemos casos de las recientes habilitaciones en donde se impuso un mercadeo entre los miembros de la comisión y decidieron repartirse entre las familias las plazas disponibles. Reconozco que el hecho de la publicidad y, en el caso de los profesores titulares, la defensa de un tema decidido a suertes del programa tenía efectos profilácticos. Sin embargo, para nada evitaba los males que según el autor acechan nuestra selección del profesorado.

322

El modelo *colegial* se funda en lo contrario que el modelo *burocrático-funcionarial*. Se funda en la confianza previa hacia la institución universitaria, en su autonomía, e introduce poderosos elementos de control *a posteriori*, mecanismos de rendición de cuentas, lo que en inglés denominan *accountability*.

Este modelo se funda, como es obvio, en las instituciones universitarias creadas en la Edad Media (de Bolonia a Oxford, de París a Salamanca), pero encuentra su formulación moderna en el modelo de universidad humboldtiano.<sup>6</sup> Un modelo que también será una influencia clave cuando, a finales del siglo XIX, algunas universidades americanas comienzan a convertirse en centros de investigación (John Hopkins y Harvard entre las primeras).

---

<sup>6</sup> Puede releerse su famoso informe para el rey de Prusia, Humboldt (1964: 29-38; puede verse una versión en castellano en Humboldt (2005: 293-299). Se verá como Humboldt consideraba que para preservar la libertad de la investigación y de la docencia era necesario financiar adecuadamente y con vocación de permanencia las universidades, con un fondo patrimonial, un *endowment*. Pero ésta es una cuestión alejada del debate que ahora mantenemos.

Los valores que inspiran este modelo pueden presentarse entretejidos del siguiente modo:

*a) Libertad académica:*

La libertad académica es el valor central de la Universidad, entendida como ausencia de restricciones para realizar la investigación y la docencia, para hablar y publicar, sometidos únicamente a las reglas y pautas de la comunidad científica en el seno de una sociedad democrática, sin obstáculos en la búsqueda de la verdad.

*b) Colegialidad y subsidiariedad:*

La colegialidad significa concebir la Universidad como un conjunto de personas que se tienen igual consideración y respeto en su actividad académica. Este colegio de profesores se expresa en un clima de cooperación entre iguales al que son incorporados los estudiantes, de grado y de posgrado, y el personal de administración y servicios. El sistema de gobierno de la Universidad ha de estar en condiciones de reproducir este valor de la colegialidad y ha de inspirar la constitución y la actuación de todos sus órganos de gobierno.

La subsidiariedad ha de comprenderse como un compromiso a tomar las decisiones lo más cerca posible del ámbito al que han de afectar. Lo que comporta que la dirección de la investigación en la Universidad es tarea de los investigadores en sus grupos de investigación, en el contexto de los departamentos e institutos y que la orientación docente de los estudios la deciden los profesores, de acuerdo con los estudiantes y el personal de administración, en las Facultades y Escuelas. Todo ello es compatible con una gestión eficiente desde el punto de vista económico. Ahora bien, la dimensión gerencial que está presente y es importante está al servicio de la dimensión colegial, nunca al contrario.

*c) La unidad del saber: diversidad y equidad disciplinar:*

La Universidad está concebida como una búsqueda global y unitaria del saber, de manera que el conocimiento de las disciplinas más abstractas está íntimamente conectado con las disciplinas más aplicadas; la comprensión de las culturas antiguas es relevante para nuestras sociedades del presente. Por ello, también las distintas disciplinas representadas en la Universidad han de concebirse como diversas en la equidad, los cultivadores de cada una de las disciplinas han de ser capaces de apreciar las contribuciones de los demás, generando así una reciprocidad paritaria entre los ámbitos diversos del saber. Esta paridad ha de trasladarse también al reconocimiento mutuo que deben tener las dos grandes tareas de los universitarios: La docencia y la investigación.

Si así lo hacemos, una más que justificada preocupación del presente se desvanecerá. Me refiero a la idea de que la Universidad europea podría perder su legado humanista. Sería realmente un desastre, pero si preservamos la idea de la unidad del saber, entonces la reciprocidad preservará el humanismo.

*d) Compromiso con la ciudad, el país y el mundo:*

El primer compromiso de la Universidad consiste en que la formación de sus estudiantes y la investigación de sus profesores contribuyan decisivamente a mejorar el bienestar material y a enriquecer el tejido social y cultural de la sociedad de la que forma parte. En nuestro caso, en este momento crítico, esto significa abrir nuestras universidades al espacio que les es propio: el espacio europeo y, desde él,

abrirnos al mundo. En la medida que seamos capaces de trenzar estos objetivos no sólo formaremos mejores profesionales capaces de reanimar nuestra maltrecha economía sino que también formaremos ciudadanos más capaces, con mayor capacidad deliberativa, más comprometidos con la libertad igual de todos, mejorando así la textura cívica de nuestra democracia y del resto de nuestras instituciones representativas.

Regresemos ahora a la selección del profesorado. Una obviedad, pero importante para comenzar: las universidades alemanas (y las de su centro de influencia histórico, austriacas, suizas, holandesas, también las escandinavas) incorporan al profesorado sin ningún filtro previo. La sociedad y el gobierno confían en que las universidades realizarán adecuadamente su cometido. Y las somete a una evaluación detallada de sus resultados. También éste es el sistema anglosajón (las históricas universidades inglesas de Oxford y Cambridge siempre han seleccionados a sus profesores) y éste es el sistema de las mejores universidades americanas. Es cierto que casi todas estas instituciones disponen de una práctica (a veces una regla escrita en sus Estatutos o en las leyes, a veces sólo una práctica comúnmente aceptada) de acuerdo con la cual la universidad en donde una persona ha realizado su etapa formativa no puede contratarla después, si no ha pasado un tiempo suficiente en otra institución. En las universidades americanas los doctores de una universidad no son contratados por la misma institución si no han estado en otra institución por un mínimo de tres años. Pero también la universidad humboldtiana: la universidad no puede incorporar a las personas que han realizado en ella su escrito de *habilitación (Habilitationsschrift)*.

No conozco mejor antídoto contra la endogamia. Es una práctica sana que, desafortunadamente, no conseguimos instaurar entre nosotros de modo definitivo.<sup>7</sup> Tampoco aparece entre las nueve recomendaciones del autor (pp. 155-158), aunque hay alguna tan detallada como la que se detiene en argüir a favor de los miembros que deben tener las comisiones seleccionadoras.

324

#### 4. Autonomía y burocracia

Para terminar, quiero enfatizar mi desacuerdo con la idea del autor de “poner coto a la autonomía de las universidades (p. 158). Pienso, bien al contrario, que la *autonomía* hay que tomársela en serio. Y después actuar en consecuencia: hacer públicos los resultados y, en virtud de ellos, financiar las universidades. Las universidades deben hacerse responsables de las decisiones que toman.

Ello con dos consideraciones finales *ex abundante cautela*:

1. Hacer caso al autor cuando nos previene (p. 158) contra el exceso de burocracia que a veces comporta la evaluación. Debemos ser capaces de introducir la cultura de la evaluación huyendo de la burocracia. En el tema que nos ocupa, el de la selección de profesorado, lo relevante es que ANECA solicite al candidato que señale las tres publicaciones más relevantes de los últimos cinco años y las adjunte en PDF (que no lo hace) y se olvide de solicitar, mediante un aplicativo endemoniado (me cuentan) certificación y acreditación de todos los cursos, seminarios, congresos, conferencias a los que el candidato ha asistido o ha impartido. Otra vez, confianza previa y control *a posteriori*. En ninguna universidad

<sup>7</sup> He sido Rector de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona entre 2005 y 2013. La Universidad ha adoptado esta práctica, de un modo algo ‘quijotesco’ porque si no es una práctica generalizada puede resultar muy perjudicial para los doctores de la propia institución. Los resultados están a la vista: la universidad (de las recientes, con las otras la comparación sería parcial) con menor grado de endogamia de España.

civilizada presentar la documentación para una plaza de profesor requiere acerca de dos meses de trabajo. Es una injustificable pérdida de tiempo.

2. No defiendo inmediatamente un sistema de selección de profesorado por parte de las universidades sin ningún filtro previo. Creo que es un ideal hacia el que debemos tender, pero en el proceso de transición, mientras instauramos la nueva cultura, algún filtro previo: ágil, flexible y bien diseñado, sigue siendo preciso.

Por lo tanto, no creo que el autor tenga buenas razones en su defensa cerrada del modelo funcionarial de universidad como remedio para los males que nos aquejan. Bien al contrario, defiendo la *autonomía* y la *rendición de cuentas*. Es el camino de los mejores sistemas universitarios del mundo, ¿por qué no debería ser también el nuestro?

## Bibliografía

- AGHION, Ph., DEWATRIPONT, M., HOXBY, C., MAS-COLLEL, A. y SAPIR, A. (2007), "Why Reform Europe's Universities?", *Bruegel Policy Brief 2007/04*. Disponible en: <http://www.bruegel.org/download/parent/34-why-reform-europe-universities/file/390-why-reform-europe-universities-english/>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- ÁLVAREZ, F.J. (2013), "Debatiendo: la selección del profesorado en la universidad española", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 5, pp. 139-158.
- ASSOCIACIÓ CATALANA D'UNIVERSITATS PÚBLIQUES - ACUP (2008), *Libro Blanco de la Universidad de Cataluña. Estrategias y proyectos para la universidad catalana*, ACUP, Barcelona.
- BRICALL, J.M. (2000), *Informe Universidad 2000*, CRUE, Madrid.
- CLARK, B.R. (1983), *The Higher Education System*, University of California Press, Berkeley.
- GRAU, F.X. (2011), *La universidad pública catalana de hoy: dimensión, eficacia y eficiencia*, Publicacions URV, Tarragona.
- GRAU, F.X. (2012), *Propostes per a la universitat pública i el sistema de recerca i innovació de Catalunya*, Publicacions URV, Tarragona.
- HUMBOLDT, W. von (1064), "Antrag auf Errichtung der Universität Berlin", *Werke in fünf Bänden*, IV, Stuttgart.
- HUMBOLDT, W. von (2005), "Solicitud de institución de la Universidad de Berlín (mayo 1809)", *Logos. Anales del seminario de Metafísica*, Núm. 38, pp. 293-299.
- SCHEKMAN, R. (2013), "How journals like Nature, Cell and Science are damaging science", *The Guardian*, 9 de diciembre de 2013.



**Debatiendo:  
Lo real y lo aparente en la selección y promoción del profesorado  
universitario**

Juan Antonio García Amado\*

*Universidad de León*

[jagara@unileon.es](mailto:jagara@unileon.es)

**1. ¿Selección del profesorado universitario? De eso ni tuvimos ni tenemos; ni queremos**

Hablar en España de selección del profesorado universitario suena a escarnio, cuando no a puro oxímoron. Desde hace muchísimo tiempo, tal vez desde siempre, en las universidades españolas no ha habido sistemas de selección del profesorado, sino sistemas de control de acceso y ascenso del profesorado, como parte esencial de un mecanismo de manejo de lealtades en razón de defensa de intereses. Si selección quiere decir procedimiento para que del profesorado universitario formaran parte los que reunieran determinados requisitos de aptitud y actitud en lo intelectual y lo académico y para descartar a los que no los tuvieran, aquí no se ha seleccionado nunca en cuanto a quiénes podían ser profesores en la universidad, si bien sí ha habido algún criterio de orden o prelación a la hora de determinar quiénes llegarían a los puestos más altos entre el profesorado universitario.

Generalmente, al tratar de estos temas pensamos en oposiciones y concursos a cátedras y si aquella vez fue escandaloso o si en la otra ocasión logró tal plaza el que más la merecía o el protegido del señor feudal y señalado por su dedo todopoderoso. Pero el problema primero y determinante es previo, tiene que ver con quiénes estaban allí para concursar y por qué habían llegado, ellos y no otros, a hallarse en esa tesitura, entre los profesores de universidad candidatos a ser titulares o catedráticos de universidad (antes adjuntos, agregados, etc.).

Sostendré la siguiente tesis. Cuando las universidades no tenían el control pleno del profesorado funcionario que llegaba a sus plantillas, pues las oposiciones o los concursos eran nacionales y los resultados no dependían del rector de turno o del concreto grupete de profesores de esa disciplina en el respectivo lugar, el poder de los de cada sitio se daba a la hora de seleccionar a los primerizos, a los jóvenes que entraban con su contrato de ayudante o figura similar. Cuando esta situación cambió y los jóvenes profesores ayudantes “de cátedra” ya no se elegían a dedo y sin dar explicaciones a nadie, sino que se impusieron ahí los concursos de méritos o los baremos objetivos para ser becario o contratado, el control de cada universidad pasó de versar sobre aquel paso primero a versar sobre el tramo final: ni un profesor titular ni un catedrático se les cuela sin su visto bueno, sin la aquiescencia de los de dentro; o se es de la casa y de la cuadra o el paso está cerrado y sellado. Respóndame el amable lector a esta sencilla pregunta: ¿cuántos años hace,

R  
I  
N  
C  
O  
N

cuántos, que no consigue plaza de titular o catedrático en su universidad un profesor que venga de otra? O a ésta: ¿ha sucedido eso alguna vez, una sola, desde que se instauró el sistema actual de acreditación? ¿Y con el anterior, el de las habilitaciones? Curiosísimo: con el procedimiento de la LRU, de vez en cuando ganaba uno de fuera al candidato local; después, nunca más. El que no se habilita o no se acredita no asciende, pero el ascenso, después de acreditado, nada más que cabe en la propia casa. Endogamia definitiva camuflada de límite a la endogamia. Pero todos estamos conformes con eso, conste. Una norma que intentara implantar en todas las universidades concursos plenamente objetivos y por méritos puros y duros para el acceso a la titularidad o la cátedra, aun entre acreditados, provocaría una verdadera revolución, manifestaciones como nunca se han visto, y hasta puede que algún joven profesor se quemara a lo bonzo y en homenaje a la mancillada autonomía universitaria o, incluso, en defensa de la autodeterminación de los pueblos. ¡Lo que hay que hacer para no moverse la villa de uno y que no vengan los de otra ciudad a subir el nivel!

Frente a esa dinámica y ese dominio de los poderes locales y de los círculos internos de interés, los cambios normativos en los sistemas de selección del profesorado y en la regulación y las modalidades de los concursos son pamplinas, subterfugio, no tienen más valor que un valor superestructural y sirven como mecanismos de ocultación de lo que en verdad gobierna las instituciones universitarias españolas. ¿Y qué es lo que las gobierna? Pues una mezcla de mezquindad aldeana, de clientelismo disfrazados de relación discipular, de variados nepotismos y de intereses políticos de muy baja estofa y fuertemente imperantes en rectores y gobernantes académicos en general.

## 2. De cuando controlábamos la entrada de novatos

327

Aparentemente existe hoy, entre los docentes consolidados en las universidades, gran consternación porque las plantillas envejecen y no se renuevan, porque no entra savia fresca, porque la crisis económica bloquea la convocatoria de nuevas plazas o hace que se amortiguen las que van quedando libres. Falso de toda falsedad, no es cierta tal inquietud. Si eso nos preocupara, presionaríamos y protestaríamos bien alto por eso. Pero no, podemos dolernos un poquitín de no tener doctorandos, quizá lamentemos algo el ir quedándonos sin discípulos, puede haber incomodidad en no contar con un ayudante de los de antes al que encargarle tus clases esa semana que te vas de viaje. Pero pare usted de contar, ahí termina la sinceridad de los lamentos. El resto, lágrimas de cocodrilo, si acaso. ¿Por qué? Porque ya no hay aquel poder de antaño a la hora de seleccionar a los nuevos, a los que comienzan su carrera académica y están llamados a ser los titulares de aquí a diez años y los catedráticos en veinte. Y cuando no se tiene poder sobre eso tampoco se cuenta con moneda de cambio ni palanca para negociar e intercambiarse favores. Se acabó una fuente de ingresos simbólicos y un instrumento de intercambio social y ya no queda más que administrar lo que se es y jugar con lo que se tiene.

Fulano es catedrático y manda en los de su área en su universidad. El poder de los catedráticos ha sido grande, y algo queda, por mucho que hayan cambiado tantas cosas. Se convoca un puesto de profesor ayudante o similar y Fulano tiene el control pleno y puede señalar a quién ha de contratarse, ya se haga el trámite con mayor o menor dosis de disimulo. ¿Implica esa situación que Fulano o cualquiera en su lugar vayan a hacer siempre y por definición un uso torcido de un poder así? No necesariamente, ni muchísimo menos. Estoy refiriéndome a lo que en esa tesitura se podría hacer, no a lo que sea la decisión de cada cual. Además de que puede Fulano pensar en lo que más conviene a la ciencia y al futuro de su especialidad y a

la institución universitaria recta e idealistamente entendida y, en consecuencia, buscar para aquel puesto al más capaz, laborioso y brillante, le caben otras posibilidades. A saber: colocar ahí a un amigo o al hijo de un amigo, a alguien que en otros sentidos le atraiga o a quien en otros sentidos él pretenda, a quien le recomiende aquel que pueda pagarle el favor de manera que le interese, a quien, no siendo tal vez intelectualmente muy apto, le resulte ventajoso porque es sumiso o está dispuesto a pasearle el perro o cuidarle los hijos los sábados por la noche o comprarle el piso que él ponga a la venta o darle todas sus clases sin protestar o a odiar a sus enemigos y rivales...

Ese poder existió, y era mucho poder. No todo el mundo que lo tuvo lo usó mal o para mal, eso es bien cierto. Pero lo que han sido las plantillas universitarias a lo largo del siglo XX y hasta no hace tanto no puede entenderse cabalmente sin tomar en consideración que también hubo más de cuatro que aprovecharon para sus fines e intereses menos académicos ese control sobre el acceso primero del profesorado. Si tuviéramos investigación sociológica seria sobre las instituciones académicas y sus claves operativas y sus mecanismos de dominación, habría ya algún estudio, por ejemplo, sobre dinámicas de consanguinidad en las plantillas profesionales de Derecho. Uno colocaba en posición de salida al hijo del otro y el otro al hijo de uno, cruces promiscuos que perpetuaban dominios y genealogías. Y qué decir si el favorecido por la decisión contractual del catedrático era, pongamos, sobrino de algún prohombre del régimen o favorito de algún constructor que podía ofrecernos un chalet majo a precio asequible o darle buen empleo a aquel sobrino aparejador.

Pero eso se acabó o quedó en poca cosa. Primero y sobre todo, porque se fueron imponiendo los límites y los baremos. Es muy curioso y habría de analizarse con calma el hecho de que a medida que la tan cacareada autonomía universitaria se fue usando para que ninguno obtuviera plaza de titular o catedrático sin ser de la casa, de modo que los concursos internos de cada universidad para tal fin han sido y son simulacro desvergonzado, se fueron endureciendo y objetivando los controles para el acceso del profesorado contratado y para la iniciación con beca de investigación.

328

La situación ha llegado a ser paradójica en grado sumo. En una universidad cualquiera se convocan simultáneamente una plaza de profesor ayudante doctor y otra de profesor funcionario, titular o catedrático. Si a la primera se presenta un candidato muy competente y con un muy buen currículum, no hay manera de pararlo y se la lleva, venga de donde venga; en cambio, todo está perfectísimamente dispuesto para que la segunda nada más que la obtenga el aspirante del lugar y por los del lugar preferido, aunque contra él se presente y concurre el más brillante científico del mundo en su especialidad. Y, curiosísimamente, hasta con la complicidad de los tribunales de Justicia se ha contado en muchos casos, ya que a más alto el puesto y más arriba en el escalafón, más han aducido los jueces que tienen las comisiones universitarias discrecionalidad técnica y que no son ellos, los servidores de la Justicia, competentes para juzgar o poner orden. Talmente como si, en el fútbol, para los partidillos playeros entre amigos se buscaran árbitros internacionales que a rajatabla aplicaran el reglamento futbolístico, pero para los partidos de primera división se permitiera que arbitrara algún aficionado del equipo local o que el público agrediera a los jugadores de foráneos.

De tales paradojas las consecuencias que se desprendan serán paradójicas igualmente. Resulta, así, que mientras pudimos elegir con buen margen de libertad a los jóvenes profesores o candidatos a profesores, los elegimos mal en muchos

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

casos y movidos por torticero propósito, no persiguiendo el interés general o el definitorio de la institución bien entendida, sino el más pedestre del catedrático de turno o del grupúsculo que se repartía el pastel y la influencia local. Cuando se nos privó de semejante privilegio y la ley se puso seria, apenas hubo ocasión para aplicarla, pues dejaron de convocarse plazas y las plantillas se congelaron. Ahora que vamos envejeciendo y que ya no controlamos la renovación de las plantillas que se anquilosan, nuestro esfuerzo se dirige a otro objetivo: vigilar quiénes llegan a catedráticos, de aquéllos que antaño de nuestra mano y la de nuestros colegas empezaron. Y ahí el sistema académico español vuelve a ser generoso y nos dice que tranquilos, que de fuera no se nos meterá ninguno y que entre los de dentro nosotros pondremos el orden y la jerarquía, pues los tribunales los propone el consejo de departamento y entre bomberos no nos pisamos la manguera y hoy por ti, mañana por mí e impunidad para todos y que parezca un accidente.

Algún ingenuo dirá que no es tan así, pues al fin y al cabo para poder ser, dentro, titular o catedrático, primero hay que acreditarse. Pero también eso está perfectísimamente resuelto, pues ya jamás en universidad alguna se convoca titularidad o cátedra si no hay previamente un candidato local con la correspondiente acreditación. ¿Cuántos años hace que usted, amigo lector, no sabe de ninguna plaza convocada sin “bicho” dentro y sin garantía plena contra los de otros lugares, merced a unos estatutos de la respectiva universidad o un reglamento de concursos que bien se preocupa de desterrar todo riesgo de que triunfe el osado forastero, y menos si sus méritos son grandes?

### **3. Ahora manejamos el ascenso de los veteranos**

Como las plantillas ya no se renuevan, ni nos conmueve mayormente que así sea, y puesto que el futuro es dudoso y la crisis acecha bajo variados ropajes, lo que ahora importa es el reparto de lo que queda y el futuro de los que estamos. El procedimiento ha resultado tan complejo como sutil y perverso. Pues para que de manera impune en cada universidad pudieran sólo los de su propia plantilla hacerse titulares y catedráticos hubo que instaurar un sistema de habilitación o acreditación común o a escala nacional. Si usted no se habilitaba o no se acredita, no puede alzarse a profesor titular o catedrático de la universidad suya. Pero, a cambio, por mucho que se acrediten otros, de otras universidades, a ellos les está radicalmente cerrada esa universidad de usted. Su plaza le espera hasta que usted esté en condiciones de pedir que se la convoquen y de triunfar en ella cuando haya sido convocada. Y si nunca se acredita usted, tranquilo, jamás saldrá tal plaza ni vendrá otro de universidad distinta a pasarse por delante o a mandar en su disciplina. Por eso allí donde hay un área sin catedrático ya jamás habrá uno si los titulares de allí no logran acreditación; y si no hay titulares tampoco y no se cuenta con contratados acreditados, la enseñanza será para siempre de los asociados o de esos contratados que se quedaron así. Todo por la ciencia, *of course*.

Pero surgió un problema, nada es perfecto. Con el sistema de acreditaciones de agencia y unos baremos bien chuscos que invitan a diseñarse un currículum tan variopinto como extraño y que hacen que a la larga todo el mundo, o casi, tenga los puntos requeridos, empieza a haber en todas las universidades sobreabundancia de acreditados para profesor funcionario que solicitan su promoción correspondiente, la transformación de su plaza y que el verbo se haga carne. ¿En qué va a quedar el poder de los catedráticos más veteranos, los que resten, cuando todos los que en su disciplina enseñen sean catedráticos también? Y, sobre todo y ante todo, ¿en qué va a ir a parar el dominio de los rectores si ya todo el mundo ha promocionado y no hay más que prometer o cosa con la que dividir? Así que vino la crisis económica, como razón o pretexto, y fue mano de santo: ya no quedan más titularidades ni

cátedras para nadie. Los lugareños, que estaban contentos porque se había reservado el derecho de admisión y no se permitía la llegada de los de la competencia, se topan ahora con que tampoco se les quiere a ellos, que se les congela el estatuto y se quedan en lo que estaban sin visos de solución ni más futuro que el presente; y que no falte, pues ya se avisa de que si hay jaleo puede ser peor y que si no nos estamos quietos puede que haya que cerrar alguna facultad o suprimir un título inútil o ir a explicarlo al campus de la otra parroquia.

Lo más chocante del sistema actual de acceso y ascenso del profesorado no es que haya que acreditarse para llegar a profesor titular o catedrático, sino el hecho de que de entre todos los acreditados se sabe siempre quién va a conseguir la plaza que salga a concurso en tal o cual universidad (a no ser que compitan dos o más de allí mismo), y que ese resultado sea por completo independiente del currículum y los méritos de los candidatos que concurren o pudieran concurrir. El sistema de acreditación nacional es la tapadera para la última y definitiva vuelta de tuerca de la endogamia, el hacer que haya que acreditar ante una agencia externa se ha convertido en la perfecta disculpa para el imperio de los de dentro sobre lo de dentro. De paso, son clientela política cautiva esos profesores que saben que su paso a titulares o catedráticos depende a fin de cuentas de una decisión del rectorado respaldada por la siempre sumisa mayoría del respectivo consejo de gobierno.

Podemos comentar a destajo los defectos y absurdos del sistema de acreditación, pues los hay y de ellos diré algo más abajo. Pero no debemos perder de vista su adicional condición de disfraz de la endogamia extrema, primero, y de alimento del entramado caciquil y de fomento de la disciplina y el conformismo dentro del aprisco profesoral, ahora. ¿Cuántas protestas hay entre el profesorado universitario contra la política universitaria a cualquier escala? ¿Cuándo fue la última vez, si es que hubo alguna, que colectivamente nos quejamos por la falta de movilidad profesoral, por el envejecimiento de las plantillas, por la cantidad de jóvenes doctores muy competentes que deben emigrar porque aquí no hay plazas libres ni se crea ninguna nueva, por los absurdos planes de estudios puestos en marcha bajo pretexto de Bolonia, por el modo en que tantos rectores y consejeros autonómicos, de la mano, han arruinado buena parte de nuestras universidades, por la falta de estímulo y reconocimiento para los mejores investigadores, por las presiones para que aprobemos a todo estudiante que se deje y blindar las cifras del fracaso escolar, noción bobalicona que ya hace estragos también en las universidades? ¿Cuándo fue la última vez, repito, que se vio una manifestación en condiciones de personal universitario docente e investigador? Lo diré yo, por si alguno no se acuerda. La última debió de ser contra los recortes, pero era porque nos bajaban el sueldo o porque nos congelaban las promociones internas, más que porque se tuvieran que marchar a otros países tantos doctores recientes. Y la anterior debió de ocurrir cuando se implantó el sistema de habilitación y se aparentó que se pretendía acabar con la endogamia y aquellos entrañables tribunales de dos más tres. Recuerdo que me tocó aquella vieja manifestación en Zaragoza y que un eximio rector de otro lugar gritaba con fruición aquello de “Pilar del Castillo, ministra del Caudillo”. Aquel día sí que estaban rebeldes y enfadados los rectores y talmente parecía que se echaban al monte, era para verlos. Creo que les movía el celo de la autonomía universitaria. ¿Y los cientos de plazas sacadas apresuradamente en el BOE para anticiparse a la entrada en vigor del sistema de habilitación y colar como sea a todos los profesores promocionables? Entonces sí que había plazas y dineros. De aquellos polvos...

¿Algún rector o autoridad académica de relieve pidió en alguna ocasión que se les permitiera primar, entre su personal, a los investigadores más destacados y

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

laboriosos, fichar talentos de otras universidades o extranjeros, acabar con la endogamia y los concursos amañados, subir el nivel de exigencia en los estudios para que los títulos alcanzaran valor real en el mercado universitario, deshacerse de los profesores más zotes o menos cumplidores o que llevan veinte o treinta años sin investigar nada y enseñando poco? ¿Algún rector exigió en alguna oportunidad normas que impidan que pueda haber vicerrectores de investigación sin un solo sexenio investigador, como en mi propia universidad he tenido, rectores con un par de ellos a sus cincuenta y tantos años, gobernantes académicos que dejan en bancarrota la institución sin que se les pueda exigir responsabilidad y que todavía se insinúan para que les den otros cargos por esos mundos de Dios y de la política? Son preguntas que hasta el más tierno infante contestará sin dudar con un rotundo y certero no.

#### 4. Entremedias, las acreditaciones

Los defectos del sistema vigente de acreditación por la ANECA son bien sabidos y han sido perfectamente resaltados aquí mismo por Francisco Javier Álvarez García en su escrito “La selección del profesorado en la universidad española”. Permítaseme primero pasar breve revista a algunos detalles que tienen muy mala defensa:

a) Que no haya ni la más simple prueba en la que alguien con conocimientos y responsabilidad dentro de la disciplina de que se trata pueda oír al candidato a la acreditación hablar sobre algún tema de los ahí pertinentes y hacerle preguntas para comprobar si sabe algo o absolutamente nada de nada. ¿Es imaginable un profesor de tal o cual materia que de la misma no tenga apenas noción? No sólo es imaginable, sino que si somos sinceros hemos de admitir que todos conocemos unos cuantos; incluso alguno acreditado con este sistema actual. Y no olvidemos que a tales ignorantes supinos se suman los que se han vuelto locos o los que llevan diez o veinte años en cargos de cualquier ralea y sin estudiar nada ni leer una sola línea de lo suyo.

b) Que los evaluadores estén embozados, ocultos en el anonimato. Hay una comisión por cada gran campo temático, cuyos miembros son sabidos y que toma la decisión final de cada acreditación. Y existe una lista de evaluadores de entre los que alguien escoge o sortea cuáles van a valorar el currículum de cada candidato. Pero no se sabe quiénes son en cada caso, salvo que el pretendiente rechazado y despechado acabe en el contencioso-administrativo.

Esto del anonimato de los que deciden es todo un hallazgo y se parece a esos sistemas de jueces secretos que alguna vez se implantó en países acosados por el narcotráfico y las mafias. No es que al que evalúa se le dé sin nombre el currículum del candidato (cosa que, por otro lado, sería imposible) para evitar las tentaciones de la parcialidad al saber de quién se trata y de qué familia viene; no, la confidencialidad y el anonimato son para los evaluadores, para los jueces, para los que califican los méritos del que se postula para la acreditación. Y la pregunta interesante, pues, es ésta: ¿qué se teme? ¿Acaso hay miedo de que algunos frustrados sin acreditación pasen a la clandestinidad y le pinchen el coche o le hagan una pintada en el chalet al que los juzgó? ¿Es tan mafioso el estilo académico como para que quepa razonablemente temer que hubiera escuelas y grupos que tomaran represalias contra el que dio veredicto negativo sobre los méritos de alguno, o contra un discípulo suyo en cuanto se ponga a tiro y sea posible el desquite? ¿Tal vez se tiene en tan mal concepto a esos titulares y catedráticos evaluadores, y a sus correspondientes cuerpos administrativos en general, que se piensa que carecen de arrestos para juzgar cabalmente si van a

cara descubierta y que sólo con antifaz se atreven a expresar sus juicios? ¿Se piensa a lo mejor que si son conocidos alguien puede intentar comprarlos y que ellos, ay, podrían sucumbir a alguna tentadora oferta porque la carne es débil y el *gaudeamus* no resiste? ¿Será que sin el voto de silencio y la garantía de anonimato no habría bastantes profesores dispuestos a decidir y poner nota? Muchísimo me temo, y bien que lo lamento, que la respuesta a casi todas esas preguntas sea bien sencilla y clara: sí, tales cosas se temen, pues en tal concepto nos tenemos o esa fama nos hemos ido ganando.

Una “ventaja” adicional de que todo sea tan confidencial e íntimo, tan oscuro y falto de publicidad y controles, es que ya nadie tiene razones ni legales ni sociales para abstenerse de juzgar, sea por amistad u otra relación positiva con el candidato, sea por odio atávico o venganzas juradas. Tampoco antes eran óbice el parentesco, la íntima amistad, el amor más encendido o el haberse arrebatado pareja o haberse proclamado aversión de por vida para estar en el tribunal y votar a conciencia y con plena conciencia de prevaricar. Porque nunca se ha estimado entre nosotros que sea propio de prevaricadores el pronunciarse ahí a favor del discípulo torpe pero manso y contra el aspirante infinitamente mejor pero que no es de los nuestros, o mío en concreto. Al contrario, caían todas las maldiciones y los desprecios mayores contra quien no sacrificara la justicia por la amistad y el interés general por la *afectio* al discípulo o al compañero de cuadra. Pero al menos se veía y quedaba constancia para que los del otro bando tomaran nota y prepararan la retaliación. Ahora no se ve, no se sabe quién fue el que valoró rectamente o a quién se debe que aquel tan poco apto se acredeite o que uno bien capaz reciba calabazas. Los justicieros operan en la ardiente oscuridad, en esa en que son todos los gatos pardos. Y tampoco los que públicamente forman parte de las comisiones son dados a la abstención ni se insinúan recusables. Esto ya lo explica de sobra Francisco Javier Álvarez en el artículo que antes mencioné: “es notoria la falta de abstención por parte de miembros de las comisiones que mantienen algo más que relaciones de amistad con los examinados (no infrecuentemente integrantes de la misma <<escuela>> o simplemente <<amiguetes>>), y solamente así se pueden entender una buena parte de las decisiones de esos órganos”.

332

c) Que sea posible, y tal vez no inusual, que un expediente lo valore un evaluador de una disciplina que nada tiene que ver con la de ese candidato y que ni una palabra entendería si se pusiera a leer lo que ese candidato en los trabajos que se juzgan escribió. Viene a ser como si a un futbolista lo ponen de comentarista de ajedrez y al ajedrecista le encargan que comente unos combates de judo y al judoka que analice qué tal estuvieron los que competían en halterofilia y cuán fina tenían su técnica. En las olimpiadas o en cualquier torneo deportivo habría gran escándalo, pero en las universidades y para los universitarios se ve hasta conveniente que uno de Derecho Administrativo evalúe a alguien de Didáctica de las Matemáticas o que alguien de Educación Física califique los trabajos científicos de un profesor de Griego o de uno de Historia Medieval. Así somos. El que vale, vale para todo. Menos mal que se califica sin leer los trabajos calificados, al peso y por pautas tan fiables como el lugar de publicación o el número de páginas o por un índice de impacto que en nuestros campos es más falso que la falsa moneda.

d) Que la comisión, al fin, haga lo que le dé la real gana. Los evaluadores evalúan, juzgan de los méritos del aspirante de turno y ponen su nota. Bien, para eso están y prescindamos de si se enseñan o se esconden. Pero la pertinente comisión valora la valoración y..., hace lo que se le antoja. Ya va siendo bien abundante la casuística y se conoce de todo bastante, no cabe decir que tal cosa sólo pasó una vez o que fue un despiste o que se marchó la luz un rato y mira qué lío. No. Hay un cierto número de casos sorprendentes en los que o bien las dos

evaluaciones de los evaluadores ocultos son positivas y la comisión deniega la acreditación, o bien los dos informes son negativos y..., la comisión acredita a ese candidato. Y un marciano bienpensante dirá que se deberán esos paranormales fenómenos a que la comisión de marras considera defectuosas las evaluaciones previas. Respuesta: pues cabría que encargara otras nuevas y que, ya de paso, se quitara de en medio a los evaluadores que así fallan. O que en la comisión hay un buen puñado de expertos de las disciplinas en cuestión y que ellos tienen base de sobra para entender del fondo de esos méritos. Mas no, en la comisión nunca hay más de un miembro de un área o especialidad y de la grandísima mayoría no hay ninguno. ¿Entonces? Muy sencillo, si existe interés en encontrar las claves de tan chirriantes excepciones, que quien pueda o tenga los datos analice: a) en qué especialidades pasó lo uno o lo otro; b) si estaban esas especialidades representadas en la comisión y por quién; c) si hubo cruce de concesiones de ese tipo entre los miembros de la comisión respectiva, es decir, si funcionaba el *do ut des* o el hoy por ti y mañana por mí.

Con todo, a lo kafkiano y lo arbitrario ya estábamos algo acostumbrados, no nos hagamos de nuevas ahora ni nos finjamos recién caídos del limbo. Por eso puede que interese más analizar cuestiones más sutiles, entre las que me parece que destaca una: la perversión de los currículos y de los itinerarios profesionales.

El candidato a acreditación y el que piensa serlo en su día saben varias cosas: a) que para lograr acreditarse necesita un número mínimo de puntos; b) que los puntos se dividen por apartados (publicaciones científicas, experiencia docente, estancias de investigación en otros centros, cargos académicos, transferencia del conocimiento, formación docente...) y que no es nada fácil acreditarse sin puntuar por todos o casi todos esos conceptos; c) que esas puntuaciones van al peso o a tanto alzado: tanto por artículo en según qué revistas con qué índice de impacto, tanto por periodo de docencia cumplido, tanto por tiempo de desempeño de cargo, tanto por curso de formación pedagógica recibido o por paquete de ellos, etc.; d) que, por consiguiente, quienes juzgan y deciden normalmente no van a leer ni una línea de eso que se ha escrito y que casi con seguridad no habrán escuchado jamás ni una clase ni una conferencia ni una ponencia del candidato al que valoran; e) que cabe incluso que ése que evalúa no sea de la disciplina del solicitante y que puede hasta que no sea de su rama del conocimiento (por ejemplo, que un aspirante de Derecho sea calificado por un evaluador de Ciencias de la Educación o de Economía); e) que a la postre la comisión correspondiente decide y hace lo que le da la gana; f) que la decisión de cada caso tiene que ser motivada y que si uno tiene para puntuar, bueno o malo pero que puntúe, en todos los apartados, se le birla a la comisión la justificación más usual, la de que el candidato no ha dirigido tesis doctorales o no ha tenido cargos académicos o no ha hecho labores de transferencia del conocimiento o no ha publicado en editoriales de prestigio. A las alturas que andamos y con lo que en la ANECA ya ha llovido, también estamos al cabo de la calle en otro punto: las motivaciones salen golpe de corta y pega o presionando un botón en pantalla. Por eso hace tiempo ya que se descubrió y se denunció lo siguiente, sin que nada sucediera ni cambiara: personas de disciplinas y ramas del saber radicalmente diferentes y alejadas (Derecho, Ingenierías, Letras, Historia, Economía...) recibían la denegación de la acreditación con una motivación totalmente idéntica, clavadita incluso en las faltas y los errores sintácticos. Motivación capilar podríamos denominar a esa con la que al administrado se le toma el pelo.

Expresemos lo mismo pero ahora desde otro punto de vista o por pasiva: el candidato a acreditación es consciente de que puede ser el mejor de su disciplina en España o en el mundo y no acreditarse, de que puede haber escrito el libro o el



artículo más determinante en los últimos cincuenta años y que cambió el paradigma en esa ciencia, y no acreditarse, de que puede haberse pasado todos sus años profesionales dedicado nada más que a escribir una docena de artículos prodigiosos y a dar unas clases de suprema excelencia a sus alumnos, y no acreditarse, seguro que no, porque no ha perdido el tiempo ni hecho el memo asistiendo como oyente a no sé qué cursitos para *dummies* de los que luego se aporta el diploma, o ejerciendo algún cargo puramente burocrático o figurativo o elaborando materiales *on line* para sus estudiantes, como si no los hubiera ya buenísimos en el mercado, *on line* y de imprenta, etc. Y más, está ese profesor al cabo de la calle de que, de la misma manera que ningún evaluador o miembro de la comisión le va a leer una línea de lo que ha publicado, nadie tampoco le va a quitar los puntos por cargo si en el desempeño de tal arruinó una facultad o un departamento, ni le va a descontar los puntos por cursos de formación docente recibidos en el caso de que fueran de título inverosímil y dictados por cualquier atrabiliario cultivador de las ciencias ocultas o de los tópicos más pueriles. También sabe que las clases que imparte a los estudiantes, buenas o malas, no se las oirá su evaluador. Pero sí cuentan las calificaciones de los alumnos en las encuestas a los estudiantes y todos conocemos el truco para que sean altas: aprobar a muchos y examinar de poco.

¿Resultado? El mismo que se daría si a un jugador de fútbol su entrenador no fuera a hacerlo titular o suplente del equipo en función de su real rendimiento en el campo y los entrenamientos, sino en razón de factores como los siguientes: cuánto hace que empezó a jugar, por cuántos equipos ha pasado y de qué sitios, cuantos vídeos ha visto sobre temas tales como formas de saltar al campo que sean estimulantes para el espectador, maneras de colocarse los calcetines para aminorar el riesgo de lesión o variantes en la celebración sostenible de los goles, amén de otros referidos a dieta saludable para el deportista del nuevo siglo o vida sexual del futbolista cuando veranea en la costa. Y que si es de la categoría de Messi o Cristiano Ronaldo, pero no ha jugado al menos una pachanga en el Bayern, no ha salido su foto en algún periódico deportivo inglés y no ha tenido algún partido como capitán, se queda para siempre en el banquillo y lo rebanan otros que tienen de todo eso en abundancia pero que están cojos y se han puesto gordísimos últimamente.

334

No es el sistema de acreditación en sí o como tal lo que está convirtiendo nuestras universidades en extraños lugares en los que pululan desesperados personajes en busca semipermanente de algún diploma, a la caza de un cargo de cualquier cosa, dispuestos a jurar que dirigieron como tesis doctoral hasta el más infame documento lleno de faltas y carente de investigación, resignados a soportar como cursos de alto interés y enorme relevancia los dados por cualquier pobre diablo con ínfulas pedagógicas, a hacerse del equipo nominal de algún proyecto de investigación del que nada sepan y al que nada piensen aportar, a juntarse hasta con concejales para organizar cualquier actividad lúdico-folclórica que pueda camuflarse como transferencia del conocimiento, aunque ninguno se transfiera, a mostrarse consentidores y resignados con el estudiantado para que les regale excelentes calificaciones en las encuestas de profesorado, a tragarse con carros y carretas para estar a bien con todos los que un día, cuando su plaza se convoque, hayan de votar para dar el visto bueno a un tribunal de la casa que trate con maneras de sicario a cualquier competidor llegado de otras partes. No, es ante todo el qué se valora y el cómo se valora lo que hace de nuestro particular sistema de acreditación por la ANECA un sutil incentivo para que los investigadores se transformen en burócratas y gestores de actividades de tiempo libre, para que los buenos docentes se vean invitados a olvidar lo que saben y renunciar a enseñarlo, para que todos prefieran la cantidad antes que la calidad y lo superficial más que lo de fondo.

## 5. ¿Y aquellos catedráticos que mandaban y dirigían? ¿Adónde se han ido los viejos camaradas?

A algunos les llegó la edad legal de jubilarse y cumplieron su ciclo. A otros, al alcanzar los sesenta se les mostró amablemente la puerta de salida y se les ofrecieron todo tipo de incentivos para que hicieran mutis por el foro y dejaran de dar la lata y de ocupar despachos. Los que quedamos, nos dedicamos básicamente a evaluar para diferentes agencias, a evaluar a los otros y a evaluarnos entre nosotros.

Empecemos con las prejubilaciones, pues a fin de cuentas todo sistema de acceso se relaciona con un sistema de salida. Desde hace una temporada anda todo el mundo diciendo que la universidad española se ha puesto como loca a buscar la excelencia. Ahora bien, la persigue de una forma bien rara. Supongamos que hay en nuestras universidades un diez por ciento de profesores funcionarios que llevan tiempo y tiempo sin investigar nada, toda una vida, y que en su docencia dejan mucho que desear, pues no están al día debido a que de lo suyo no leen ni le dedican tiempo, ya que viven a caballo entre el salón de estar de su casa y las cafeterías del campus. De esos, haberlos haylos en todas las universidades y en cada facultad, aunque podamos discutir sobre su proporción, y todo el mundo sabe quiénes son y a qué dedican el tiempo libre. Los datos generales indican que hay como un treinta por ciento de profesores funcionarios que no han conseguido un solo sexenio o tramo de investigación, y más de un cincuenta por ciento que tienen uno en lugar de los tres o cuatro o más que por edad y antigüedad les corresponderían.

¿Qué han hecho nuestras universidades hasta que el dinero se acabó? Ofrecer prejubilaciones con el cien por cien del sueldo y alguna ventajilla adicional a todo su profesorado mayor de sesenta años. ¿Quiénes por regla general se prejubilaron? Muchos maestros, muchos profesores con buena reputación investigadora y docente y con prestigio en España y fuera, muchos de los que tenían los tramos de investigación colmados, muchos de los que habían escrito obras capitales de la respectiva ciencia en la España de los últimos decenios. ¿Por qué se marcharon esos? Porque estaban bastante hartos y ya no entendían lo que estaba pasando o por qué andaban todos los jóvenes a la caza enloquecida de diplomas tontos y certificaciones de memeces. ¿Cuántos de los otros, de los escasamente aplicados a su ciencia, se prejubilaron? Poquísimos. ¿Por qué? Porque dónde van a estar mejor que en la universidad, tan calentitos e igual de descansados y con algo de poder o algún carguillo en el segundo o tercer nivel de un vicerrectorado de los de pasar el rato.

De acuerdo, se quería renovar las plantillas. Sólo que las plazas así dejadas vacantes no se han convocado para jóvenes investigadores, sino que por lo general se han amortizado y muchos de los jubilados han sido sustituidos por asociados de tres o cuatro horas y contratados por tres meses. Y, sobre todo, no me consta que ningún rector llamara a alguno de esos buenos académicos que se iban a acoger a la prejubilación para decirle que la universidad no podía permitirse perderlo. Para nada. Al buen profesor que huye, puente de plata. Vamos poco a poco igualando por abajo y con gran eficacia.

Supóngase que el propósito sincero era el de rejuvenecer y renovar plantillas, y no ese otro, real y bien cierto, de alejar a los viejos sabios molestos y que ya no se interesaban por los variopintos certificados ni se apuntaban a actividades de innovación docente ni eran por lo común obedientes. ¿Se podrían haber renovado las plantillas librándose de los torpes en vez de los expertos, dando

salida a ignorantes, perezosos e inimputables, en esa proporción en que todos sabemos de sobra que los hay? Por supuesto que sí. ¿Cómo? Ofreciéndoles a ellos y sólo a ellos la prejubilación. Tal que así: todo profesor funcionario con más de cincuenta años y ningún sexenio o solo uno y/o que no tenga una sola publicación presentable desde hace más de ocho años se puede prejubilar con el cien por cien de su sueldo, y en caso de que no se acoja a esa oferta tendrá que impartir cuarenta créditos anuales de docencia supervisada. Mano de santo, se habrían ido como alma que lleva el diablo y con el mismo coste en dineros. ¿Por qué no se hizo así, sino de la otra manera? Ya lo he dicho, no cabe llamarse a engaño y ninguno me lo negará en serio y con sinceridad: no sobran y molestan los incompetentes, sino los otros. Así es como se busca con denuedo la excelencia.

La gente con algún sexenio y un poco activa que no se ha jubilado, sea por no tener la edad requerida para anticipar el retiro, sea porque no ha querido dar su brazo a torcer, ¿qué hace y cómo se relaciona con los vigentes sistemas de selección, acceso y promoción? Respuesta: estamos todos evaluando. Hoy te haces de tal comisión evaluadora de esto o de lo otro, mañana evalúas unos proyectos de investigación, al día siguiente evalúas unas becas, luego sales por sorteo y previa solicitud para ser evaluador de acreditaciones de la ANECA, algún rato evalúas para agencias autonómicas de evaluación, más adelante evalúas títulos de grado o de máster, sean para su implantación, sea sobre sus resultados. Y así sin parar. Como son labores remuneradas, aunque no sea con mucho dinero, vas haciéndote con un complemento salarial a la chita callando. Como todo es muy confidencial, a ratos disfrutas de tus íntimos y secretos momentos de poder. Total, que a lo mejor por eso no protestamos tanto como discrepamos. Y conste que sinceramente pienso que es mucho mejor que esas tareas las hagan los discrepantes o un poco escépticos antes que los entusiastas seducidos por lo cantos de las sirenas pedagógicas.

336

## **6. Epílogo para discrepantes**

Se puede estar en perfecto desacuerdo con cuanto acabo de escribir y habrá muy buenas razones para la discrepancia. Pero algunas réplicas fáciles y vulgares quisiera desactivarlas desde ahora mismo. Las menciono con brevedad.

a) El que suscribe no guarda ningún tipo de nostalgia de los tiempos universitarios pasados. El pasado no era mejor. Donde antes imperaba la arbitrariedad del viejo catedrático se impone ahora la de los entes burocráticos bajo los que nos ocultamos y hacemos de las nuestras evaluadores y gestores pletóricos de confidencialidad y académico sigilo. Donde ahora la santa voluntad del que tiene la sartén por el mango en comisiones y comités se hace valer camuflada de motivación del acto administrativo y jurídicamente santificada por una cascada de normas reglamentarias la mar de aparentes, antes bastaba la orden sacrosanta del déspota del lugar. Y así sucesivamente. Las diferencias son tan grandes como irrelevantes. Han mutado algunos poderes y otros se han ido ocultando para tener menos responsabilidad sin perder en eficacia. Así que ni satisfacción de lo que hay ni añoranza de lo que hubo, pues básicamente es lo mismo aunque ahora se gaste más papel y los procedimientos sean más largos.

b) Toda regla tiene sus excepciones y toda generalización hace injusticia a alguien. Cuando decimos que el equipo de fútbol tal juega de pena, nuestra afirmación puede ser razonable o válida aun cuando haya en ese equipo algún jugador excelente. Cuando afirmamos que en tal territorio en verano llueve poco, no quita para que pueda darse por azar un verano anormalmente lluvioso ahí. Cuando yo aquí mantengo que los rectores tienen grandes culpas de que nuestra universidad vaya como va y esté como está, mal, y que la mayoría de ellos no son

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

precisamente académicos excelsos y universitarios vocacionales, no puedo ni quiero excluir que los haya habido o los tengamos excelentes, sacrificados y capaces, y alguno he conocido yo mismo por esos mundos académicos. Cuando arriba escribo que entre el profesorado funcionario hay más de un zángano y que los menos aptos y dispuestos son a menudo los más protegidos y a los que menos se incordia, para nada puedo ofender al que no sea de ese grupo. Y, además, el competente con dos dedos de frente no entenderá que su dignidad profesional queda dañada o su crédito académico menoscabado porque se reconozca que entre nosotros también los hay ineptos y descarados. Aquella vieja consigna de que los trapos sucios hay que lavarlos en casa y sin que se entere el vecindario conviene más que nada a los que ensucian los trapos.

c) Algunas cifras macro valdrán para maquillar unos cuantos juicios, pero no esconden lo que de verdad pueda haber en las tesis aquí sostenidas, en su caso. El que nunca se haya publicado tanto por el profesorado español puede ser indicio de que los que trabajan, trabajan mucho, aunque otros no hagan nada; o de que jamás fue tan grande la presión para publicar. Ya tendrá mérito, ciertamente, que muchos rinden y rinden bien en un sistema universitario en el que casi todo invita a echarle cuento y vivir del cuento, a cambiar la laboriosidad por fingimiento y la ciencia por burda politiquería y por conspiraciones de pasillo. Que algunos o muchos profesores universitarios merezcan en verdad un monumento no empece para que con la misma justicia hubiera que echar a otros a las calderas de Pedro Botero.

d) No deberíamos hacer de estos debates una cuestión personal. Es probable que quien esto escribe haya caído en más de una de estas malas prácticas académicas que se critican. Pero, si así fuera, eso diría de mi probidad o de mi ética profesional pero ni quitaría ni pondría de la verdad o falsedad de lo dicho. De la misma manera, si algún colega quiere defender que él en nada de esto falló o que no ve defecto en tal proceder, hará mal argumentando *ad hominem* y mejor sería que hablara con datos y con razones generales. Y más que nada me interesa subrayar que nuestra colectiva debilidad profesional o lo que de reprochable pueda haber en muchos de nuestros hábitos en materia de selección del profesorado no se manifiesta tanto (aunque también) en lo que cada uno hace cuando le toca jugar con esas reglas, cuanto en la fervorosa oposición que en conjunto ejercemos cuando se intenta cambiarlas.

De la misma manera, la responsabilidad es de todos, cierto, pero en proporción distinta. Será reprobable que yo apoye a un discípulo mediocre en perjuicio de un candidato brillante, pero lo en verdad incomprendible es que la institución universitaria no se dote de reglas para asegurarse los mejores profesionales en cada puesto y, con ello, el más alto rendimiento. Los gobernantes universitarios, con el aplauso poco menos que unánime, vienen esmerándose exactamente en lo contrario, en instaurar normas y sistemas que por encima del mérito hagan primar otros valores o criterios: la lealtad personal, el interés gremial, el pequeño sistema local de intercambios, los rastreros afanes políticos de tantos gobernantes universitarios, la complicidad entre los que compran y venden... El misterio más grande e interesante no es el de por qué aquella vez y en tal tesitura usted o yo hicimos esto o aquello, sino el de por qué entre todos (o casi) consentimos y damos aire a un sistema universitario que está hasta la médula viciado de corruptelas, de rancios hábitos disfuncionales y de una enfermedad moral congénita, la mezquindad. Ahí es donde tenemos que ponernos a investigar tirios y troyanos. Todo lo demás, las historias de buenos y malos, los dimes y diretes, las imputaciones individuales y los personales pliegos de descargo no valen más que de palabrería que impide ver la raíz del problema y la esencia del fracaso.



## Crítica de libro

***Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay.  
Against Impunity***  
**Francesca Lessa,**  
**(2013) Palgrave Macmillan, Nueva York, 336 pp.**

Carmen Pérez González  
Universidad Carlos III de Madrid  
[carmen.perez@uc3m.es](mailto:carmen.perez@uc3m.es)

La memoria del pasado será estéril si nos servimos de ella para levantar un muro infranqueable entre el mal y nosotros  
T. Todorov, *La memoria, ¿un remedio contra el mal?*

338

Para una *iusinternacionalista* interesada en el estudio de la conocida como Justicia Transicional, una disciplina académica todavía joven<sup>1</sup> pero, quizás por ello, muy vigorosa, la lectura de la obra de Francesca Lessa resulta extremadamente estimulante. Su análisis obliga a desembarazarse momentáneamente de la lente jurídica que me ha servido para el estudio de esta materia y a reflexionar sobre otros elementos que, como su obra demuestra, son indispensables para comprender la enorme complejidad de los procesos transicionales<sup>2</sup>.

En general, puede entenderse que la Justicia Transicional (o Justicia de Transición, según la terminología de Naciones Unidas) se ha construido en torno a una cuestión, desde luego, esencial: ¿de qué modo deben afrontarse los abusos a gran escala y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por un régimen dictatorial y en el marco de un conflicto armado, una vez que se ha iniciado un proceso de transición a la democracia y/o a la paz? En el mismo sentido, apunta Chinchón Álvarez (2012) que “el objeto de trabajo y análisis de la Justicia Transicional podría pues desplegarse en la búsqueda de respuestas a estas cuatro preguntas fundamentales: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes cometidos en el pasado a partir de la transición, o es mejor intentar olvidar y pensar sólo en el futuro. Si se aborda ese pasado: 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo”. Por último, y porque incorpora un elemento que

<sup>1</sup> Escudero Alday (2013) nos recuerda que “(e)l concepto de justicia transicional aparece en el debate académico de finales de los ochenta y principio de los noventa del siglo pasado, al hilo de los procesos de transición a la democracia acaecidos en algunos países latinoamericanos y en la Europa del Este”.

<sup>2</sup> Con razón, se ha dicho que estamos ante “una de las cuestiones políticas y éticas más importantes con que se enfrentan las sociedades durante la transición de un gobierno autoritario o totalitario a otro democrático” (Barahona de Brito, Aguilar Fernández y González Enríquez, 2002).

me servirá de base en este comentario, me interesa rescatar también la definición de Teitel (2003), para quien “(l)a justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por régimenes represores anteriores”.

Me interesa destacar de esta última definición la referencia a la *respuesta legal* en la que se concretarán las opciones políticas que, en cada caso, traten de satisfacer las exigencias de lo que algún autor ha denominado “la plantilla transicional”: verdad, justicia y reparación (Forcada, 2011). Ese producto final, la/s norma/s jurídicas que deberán (¿o no?) garantizar que las víctimas de las graves violaciones de los derechos humanos y las sociedades conozcan lo que ocurrió<sup>3</sup>, que pondrán en marcha procesos –penales o administrativos- para depurar responsabilidades y que repararán el daño causado, está hoy, en mi opinión, innegablemente condicionado por las obligaciones que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados. Y creo que así lo demuestra, aunque el enfoque del libro sea otro, el análisis de Lessa, al situar las obligaciones derivadas del Derecho Internacional entre los acontecimientos capaces de activar un proceso transicional. Sobre esta cuestión me propongo centrar mi comentario.

El propósito principal del libro es explorar la relación entre Justicia de Transición y memoria narrativa, dos realidades que la autora superpone para mostrarnos su interdependencia, en dos países concretos: Argentina y Uruguay. El resultado es un libro riguroso, que incorpora interesantes e innovadoras propuestas, muy bien documentado y del que, de nuevo, mi condición de jurista ha apreciado especialmente –porque el análisis jurídico suele prescindir de ellos- la incorporación de datos empíricos y entrevistas, que son el resultado de un trabajo de campo excelentemente programado y ejecutado.

El primer capítulo del libro dibuja el mapa teórico y conceptual que servirá a la autora para su posterior análisis de los casos argentino y uruguayo. Tras un breve repaso a las principales aportaciones doctrinales en ambos campos, el de la Justicia de Transición y el de los estudios sobre la memoria, Lessa nos explica las interacciones entre ambas. De un lado, de qué modo determinados mecanismos propios de la Justicia de Transición operan en la construcción de la memoria. De otro, cómo la conformación de una determinada memoria colectiva puede demandar –o no- la implantación de aquellos mecanismos. ¿Cuándo se producirán esas interacciones? ¿Será posible activarlas? La respuesta a estas preguntas parte de lo que considero una de las aportaciones más interesantes de la tesis de Francesa Lessa: la aplicación al campo de la Justicia de Transición y la memoria narrativa de un concepto propio de la Ciencia Política: el de “coyuntura crítica” (*critical juncture*) propuesto en 1991 por Ruth Berins Collier y David Collier. Son a su juicio cuatro los acontecimientos o sucesos que pueden propiciar cambios en estos ámbitos (pp. 23-29). Ello dependerá (1) del momento político, en particular del modo en el que se ha transitado desde una dictadura o situación de conflicto hacia una nueva sociedad democrática y, en principio, pacificada. Los resultados no serán los mismos, y así lo explica la autora, si dicha transición se ha producido por el colapso del antiguo régimen o si estamos ante una transición negociada o producto de una transformación; (2) de la existencia de una oposición lo suficientemente importante como para provocar, en un sentido u otro, reacciones a favor o en contra de implantar mecanismos propios de la Justicia de Transición. Así, la pervivencia de miembros de ese antiguo régimen en el gobierno servirá seguramente para frenar

<sup>3</sup> El derecho a la verdad, todavía en desarrollo en el marco del Derecho Internacional, tendría así una doble dimensión, individual y colectiva (Groome, 2012).

esos intentos. Sin embargo, la sociedad civil –principalmente las asociaciones de víctimas y de familiares- pueden favorecer su implantación; (3) de la aparición de nuevas pruebas, de tal modo que se ponga en evidencia el intento de manipulación del pasado y de construcción de una memoria hegemónica que haya privado a las víctimas de sus derechos; y (4) de la presión internacional, que puede a su vez provenir de los organismos internacionales de protección de derechos humanos, de Organizaciones Internacionales o de las redes transnacionales de activistas de derechos humanos.

El segundo capítulo reconstruye la historia reciente de Argentina y Uruguay, dos países del Cono Sur asolados por la brutalidad de sus dictaduras militares, instauradas ambas en la década de los 70. El examen es detallado y minucioso y sirve excelentemente a su propósito: situar al lector en la realidad concreta de ambas sociedades, poniendo de manifiesto las similitudes y diferencias entre ambas. A partir de ese momento, el libro va desgranando de qué modo y por qué se han implementado las diferentes políticas de transición en Argentina (capítulos 3 y 4) y Uruguay (capítulos 5 y 6), qué ha determinado en cada caso la elección de un mecanismo u otro y cómo la “construcción” de las diferentes memorias narrativas ha condicionado y, a la vez, son condición de esas elecciones: las que se van sucediendo en el marco de los procesos transicionales. Traslada muy bien la autora, precisamente, esa idea, la de que estaremos siempre ante procesos delicados y complejos, que podrán ser obstaculizados o estimulados, avanzar o retroceder, en función de una u otra “coyuntura crítica”.

No es mi intención detenerme en el resumen de las ideas y aportaciones de Francesca Lessa. El comentario del Prof. Drulolle, en este mismo número, lo hace de un modo excelente y no podría añadir nada verdaderamente relevante en ese sentido. Tal y como ya he avanzado, me gustaría reflexionar aquí sobre el papel del Derecho internacional (en particular, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) en el diseño de los procesos transicionales.

340

Aunque, desde luego, los precedentes estatales no son homogéneos, creo posible afirmar que resulta posible identificar ya un nutrido grupo de Estados que han afrontado las consecuencias de un pasado más o menos reciente de violaciones graves de los derechos humanos. Junto a esta práctica estatal, los órganos de protección internacional de los derechos humanos -los del sistema de Naciones Unidas y los tribunales internacionales de derechos humanos- han trabajado decididamente en la consolidación de un conjunto de principios de los que cabría deducir una serie de obligaciones que los Estados de la Comunidad Internacional no podrían soslayar. El afianzamiento de esos principios es, claro está, un proceso lento y su contenido no será siempre fácil de identificar<sup>4</sup>. A pesar de ello, y como ya he dicho en otro lugar (Pérez González, 2013), creo que puede mantenerse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha asumido como función propia la de guiar al Estado en la tarea de consolidar una paz justa y duradera tras un conflicto armado o la experiencia de un conflicto armado. Y ello, precisamente, a partir de la consolidación de ese conjunto de principios al que me

---

<sup>4</sup> Conviene recordar, en este sentido, que “(e)sto, por otra parte, representa el modo habitual en el que se origina la legislación internacional sobre derechos humanos, a medida que su “desarrollo progresivo” se alcanza a través de la *opinio iuris* y de la jurisprudencia de los órganos de protección [internacional de derechos humanos] que enriquecen el contenido de normas necesariamente simples” (Méndez, 1998).

he referido. Unos principios que han asumido ya, por lo demás, la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>5</sup> y el propio Consejo de Seguridad<sup>6</sup>.

En esa misma línea cabe situar la creación, en 2011, de un Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. De acuerdo con su mandato<sup>7</sup>, el Relator debe ocuparse de situaciones en las que haya habido violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, con el objetivo de promocionar la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición a través, en particular, de medidas tales como los procesamientos individuales, las reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos, o una combinación apropiada de esas medidas. Lo que me interesa destacar de esta iniciativa, que puede considerarse una de las más recientes de las impulsadas por Naciones Unidas en el ámbito de la Justicia de Transición, es que en ningún caso se incluye entre estas alternativas la apuesta por lo que el Instituto Max-Planck para el Derecho Internacional y Comparado calificó de “modelo de olvido del pasado absoluto”. En otras palabras, optar por la renuncia a implantar algún mecanismo que busque la sanción de los responsables de la comisión de vulneraciones graves de derechos humanos, la averiguación de la verdad y la reparación de sus víctimas supondría vulnerar obligaciones que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone hoy con rotundidad.

Y es en este punto donde echo de menos un análisis más profundo en el trabajo de Francesca Lessa. Lo que ella denomina “presión internacional y regional” (p. 26) puede convertirse, en mi opinión, en verdadero parámetro para determinar la validez de las medidas adoptadas por un Estado determinado con el objeto de afrontar aquellas obligaciones. Para empezar, creo que engloba en este epígrafe circunstancias de muy diferente naturaleza y alcance. Las consecuencias para un determinado proceso transicional de, por ejemplo, la presión de las organizaciones no gubernamentales o de las asociaciones de víctimas –de la sociedad civil, en definitiva- serán muy diferentes a las de una sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos que condene al Estado por el incumplimiento de determinadas obligaciones convencionales. De esto último es consciente la autora, que le dedica un importante número de páginas al análisis de la influencia que tuvo en el caso uruguayo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>5</sup> Véase el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1, disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1) (Revisado el 28 de febrero de 2014)) y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobado mediante la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm> (Revisado el 28 de febrero de 2014)).

<sup>6</sup> Poniendo de manifiesto el vínculo entre la lucha contra la impunidad y la paz y la seguridad, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas afirmó en su Resolución 1894 (2009) “su rotunda oposición a que las infracciones graves del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos queden impunes” y recordó que los Estados “tienen la responsabilidad de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y de investigar exhaustivamente y procesar a las personas responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad u otras infracciones graves del derecho internacional humanitario, a fin de impedir dichas infracciones, evitar que se repitan y buscar la paz sostenible, la justicia, la verdad y la reconciliación”. Disponible en <http://www.un.org/es/sc/documents/resolutions/2009.shtml> (Revisado el 28 de febrero de 2014).

<sup>7</sup> Contenido en la Resolución del Consejo de Derechos Humanos 18/7, de 13 de octubre de 2011, (A/HRC/RES/18/7), disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?m=193](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=193) (Revisado el 28 de febrero de 2014).

(CIDH) de 24 de febrero de 2011, dictada en el caso *Gelman c. Uruguay*<sup>8</sup>. Desde mi punto de vista, este caso constituye un magnífico ejemplo de cómo el Derecho internacional puede condicionar absolutamente el devenir de un determinado proceso transicional. De cómo la “presión internacional” podría, incluso, invalidar la ejercida por otras coyunturas.

Hace poco menos de un año, el 20 de marzo de 2013, la CIDH adoptó una resolución en la que valoraba la supervisión de la ya mencionada sentencia por parte del Estado<sup>9</sup>. Como es habitual, la resolución detalla, una por una, el grado de cumplimiento de las medidas de reparación acordadas por la Corte en 2011: la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por los hechos del caso y de colocar una placa en el edificio del Servicio de Información de Defensa; las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la sentencia de 2011; el pago de las cantidades fijadas en concepto de indemnización por el daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos al demandante; la adopción de las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura; la implementación de un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial del Uruguay; la continuación y aceleración de la búsqueda y localización inmediata de la familiar desaparecida del demandante; y la determinación de los hechos del caso y la determinación de las correspondientes responsabilidades y la garantía de que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado no vuelva a representar un obstáculo a esos efectos. La resolución requiere a la República del Uruguay para que continúe adoptando todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento.

Creo, como el Prof. Drulolle, que estamos ante una obra importante, que abre nuevas perspectivas de análisis, muy clarificadoras, en un ámbito apasionante y que impone a todos –políticos, académicos, defensores de derechos humanos, a la sociedad en su conjunto- tareas que el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, calificó en su momento de difíciles, cuando no abrumadoras.

342

## Bibliografía

- BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR FERNÁNDEZ, P., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2002), “Introducción”, en BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR FERNÁNDEZ, P. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Istmo, Madrid.
- CHINCHÓN ALVÁREZ, J. (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/19832/1/Libro\\_Deusto.pdf](http://eprints.ucm.es/19832/1/Libro_Deusto.pdf). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2013), “Jaque a la transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XXIX, pp. 319-340.
- FORCADA, I. (2011), *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Civitas, Cizur Menor.

<sup>8</sup> El texto de la sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf). Revisado el 28 de febrero de 2014.

<sup>9</sup> El texto de la resolución está disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf). Revisado el 28 de febrero de 2014.

- GROOME, D. (2012), "The Right to Truth in the Fight against Impunity", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, Núm. 1, pp. 175-199.
- MÉNDEZ, J.E. (1998), "The Right to Truth", en JOYNER, C.C. y BASSIOUNI, M.C. (eds.), *Reining Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Syracuse Conference 17-21 September 1998*, Association Internationale de Droit Pénal, Tolouse.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2013), "Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la guerra civil y el franquismo: una perspectiva desde el Derecho internacional", en ESCUDERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coords.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid.
- TEITEL, R. (2003), "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14, pp. 69-94.



## Crítica de libro

***Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay.  
Against Impunity***  
**Francesca Lessa,**  
**(2013) Palgrave Macmillan, Nueva York, 336 pp.**

Vincent Druliole  
Universidad Carlos III de Madrid  
[vdruliol@polsoc.uc3m.es](mailto:vdruliol@polsoc.uc3m.es)

En las últimas dos décadas, la justicia transicional se ha convertido en un tema tan importante como controvertido dentro de la agenda política de varios países en todo el mundo. Esta tendencia ha generado un gran interés académico, y hoy en día varias disciplinas estudian cómo las sociedades se enfrentan a un pasado de violaciones masivas de los derechos humanos. A medida que la definición de justicia transicional se ha ampliado, sus dimensiones y los temas que plantea han sido analizados por un número creciente de disciplinas y desde varias perspectivas teóricas, produciendo una literatura muy diversa que ha Enriquecido considerablemente el conocimiento de la justicia transicional y sus desafíos.

344

El libro de Francesca Lessa es un análisis muy meticuloso de la evolución de las políticas de justicia transicional en Argentina y Uruguay. Este libro, basado en la tesis doctoral de la autora, no se limita a describir las medidas adoptadas en ambos países o a analizarlas desde la perspectiva del derecho internacional. Sino que su punto fuerte es que propone una nueva perspectiva para explicar su evolución mediante un análisis empírico basado en una abundancia de entrevistas a actores prominentes llevadas a cabo a lo largo de los últimos años. A continuación, se destacará la contribución del libro de Francesca Lessa al estudio de la justicia transicional y se resaltarán sus principales argumentos, antes de formular algunas reflexiones planteadas como resultado de su lectura. Es un placer poder seguir desarrollando en este mismo número un diálogo con la autora de una obra que trata de tantos temas importantes y que sin duda serán de gran interés para los lectores de *Eunomía*. Como politólogo, propongo analizar el libro de Francesca Lessa desde la perspectiva de las ciencias sociales. De este modo, se busca complementar las reflexiones de la Prof.ª Pérez González cuya recensión se centra en el papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los procesos transicionales.

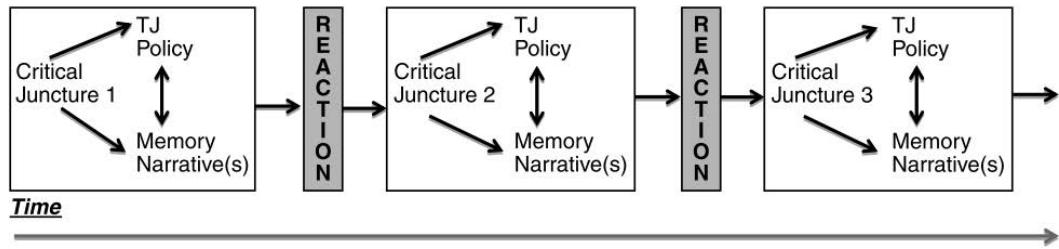
El punto de partida del trabajo de Lessa es que “las decisiones de justicia transicional nunca son permanentes, sino que se desarrollan continuamente y soportan escrutinio a lo largo del tiempo” (p. 217). Por lo tanto, la autora propone analizar la justicia transicional como un proceso a largo plazo cuya trayectoria está moldeada por una multitud de actores y factores, por lo que sus diseñadores nunca

controlan totalmente el proceso que ponen en marcha. Así pues, es posible entender mejor por qué se adoptan unas medidas y no otras, y porque eso ocurre en un momento determinado (p. 23). La perspectiva adoptada por Lessa rechaza la mirada sincrónica de la ciencia política y su interés por los determinantes exógenos, las decisiones o las relaciones de fuerzas en un momento dado. Esta mirada explica la tendencia de los polítólogos a dividir los procesos en una serie de fases, e incluso a pretender que la adopción tardía de políticas de justicia transicional constituye una etapa distinta que debería ser llamada ‘justicia post-transicional’ (Aguilar, 2008). En su lugar, Lessa propone un análisis más dinámico de la evolución de las políticas de justicia transicional en Argentina y Uruguay.

Para desarrollar su marco teórico (Capítulo Uno), Lessa se inspira –sin citarla– en la idea de *path dependence* del institucionalismo histórico, el enfoque que llama a la ciencia política a tomar mucho más en serio la dimensión histórica de los procesos políticos (Pierson, 2004). Sencillamente, se trata de enfatizar cómo unos acontecimientos, procesos o decisiones influyen en el desarrollo de una institución o política, cerrando unas opciones y/o abriendo otras, y determinando así las posibilidades de su evolución futura. Como consecuencia, la evolución de las instituciones o de las políticas es conceptualizada como una trayectoria continua pero en parte aleatoria.

Un concepto central del libro es el de “coyuntura crítica”, desarrollado por Collier y Collier (1991), que se refiere a los momentos en los que cambia la trayectoria de las políticas de justicia transicional, tal y como lo define la *path dependence*. Su evolución podría ser representada por un árbol de decisión en el que la trayectoria cambia como consecuencia de una coyuntura crítica, unos momentos que no se limitan a las decisiones estratégicas. Lessa identifica cuatro tipos de coyunturas críticas: políticas, de oposición, probatorias e internacionales, y subraya que cada una puede tener un efecto negativo o positivo para la justicia transicional (pp. 23-29). Además, la autora indica que una coyuntura crítica inicia una “fase de reacción” que a menudo siembra las semillas de la coyuntura crítica siguiente (p. 28).

Si utilizar el concepto de coyuntura crítica es útil para poner de relieve la dimensión dinámica de las políticas de justicia transicional, no es suficiente para ofrecer un marco teórico innovador o analizar las luchas por la justicia en Argentina y Uruguay. Por tanto, para conseguirlo, el trabajo de Lessa propone destacar también cómo la memoria y la justicia transicional interaccionan. El análisis de esta relación entre ambas dimensiones, combinada con el concepto de coyuntura crítica, es la gran contribución del libro. Lessa subraya que aunque el análisis de la justicia transicional suele referirse a la memoria (y viceversa), la definición de ambas y su relación no han sido discutidas de manera explícita y sistemática, por lo que siguen siendo dos campos de estudio distintos (pp. 2-3). Es un argumento tan acertado como importante para las ciencias sociales, pero también para otras disciplinas. Así pues, Lessa destaca que las interpretaciones del pasado influyen en la adopción de medidas de justicia transicional, y que a su vez esta puede contribuir a redefinir la memoria del pasado (pp. 21-23). Aquí el libro introduce el concepto de “narrativa de la memoria” para referirse a las interpretaciones del pasado, y propone analizar la evolución de la justicia transicional en Argentina y Uruguay como una interacción compleja entre memoria, medidas de justicia transicional y coyunturas críticas, representada por el gráfico siguiente (p. 27):



El concepto de narrativa de la memoria es muy importante en el trabajo de Lessa. Lo define como un relato que rescata el pasado no como una representación de unos acontecimientos, sino como un marco interpretativo colectivo utilizado para dar sentido al presente. Las narrativas de la memoria permiten conectar pasado, presente y futuro. Sin embargo, como cualquier recuerdo, dichas narrativas reconstruyen el pasado y son por tanto parciales, ya que no se recuerdan todos los hechos, y estos son reinterpretados en un contexto político y social determinado por actores con intereses y agendas diferentes (pp. 15-17). Lessa se inspira del monumental trabajo del historiador Steve Stern (2004) sobre las luchas por la memoria en Chile y de su concepto de “memoria emblemática” (pp. 20-21). Su gran ventaja es que al entender las narrativas de la memoria como marcos interpretativos, Lessa no identifica simples relatos distintos y en conflicto, sino que destaca como varias narrativas pueden ser combinadas para interpretar el pasado. Aunque invisibles o latentes, las narrativas de la memoria aparecen más claramente durante una coyuntura crítica, momento en el que se recombinan. Una narrativa se convierte en hegemónica, y las otras son utilizadas para articular unas “contra-memorias” (p. 20), un proceso que forma parte de la “fase de reacción”. Por tanto, Lessa rechaza interpretar las luchas por la memoria como una lucha entre memoria y olvido (p. 165), una dicotomía que a pesar de ser excesivamente simplista es bastante común en la literatura y el debate público.

El marco teórico diseñado por Lessa es innovador y ambicioso. Además, producir un análisis basado en tal concepto de narrativa de la memoria, con el objetivo de evitar simplificar de manera excesiva la explicación de la adopción de las medidas de justicia transicional, requiere muchos datos empíricos. El libro de Lessa es tan riguroso y a la vez apasionante, precisamente porque ofrece estos datos y construye un relato con muchos matices. En particular, además de las fuentes secundarias, el análisis se basa en entrevistas a un número impresionante de actores que incluye, entre otros, representantes de los numerosos organismos de derechos humanos en Argentina y Uruguay, el ex Presidente de Uruguay Julia María Sanguinetti, o Jaime Malamud Goti, uno de los asesores del Presidente Alfonsín y arquitecto de las leyes de impunidad en Argentina.

Después de relatar la toma de poder por las fuerzas armadas en los años 70 (Capítulo 2), el libro analiza el desarrollo de las políticas de justicia transicional en Argentina (Capítulos 3 y 4) y Uruguay (Capítulos 5 y 6). El primer capítulo sobre cada país identifica las coyunturas críticas, mientras el siguiente se centra en la interacción entre las narrativas de la memoria y las medidas de justicia transicional. En Argentina, Lessa identifica seis narrativas: la dictadura como una “guerra” entre los militares y los “subversivos” marxistas; los crímenes de la dictadura como “excesos”; la llamada “teoría de los dos demonios”, según la cual los culpables de la violencia son los militares y las guerrillas, no la sociedad argentina que era una víctima de su enfrentamiento; la necesidad de “pacificación y reconciliación”; la

dictadura como “terrorismo de Estado”; la necesidad de luchar por la justicia y contra la impunidad (pp. 84-103).

El análisis de Lessa es muy detallado e instructivo. Destaca el hecho de que no vincula cada narrativa a un actor determinado, sino que subraya cómo una narrativa ha sido utilizada por varios actores en varios momentos hasta hoy. Además, tal y como explica el marco teórico del libro, las narrativas suelen ser combinadas para producir una interpretación del pasado que justifique una determinada medida de justicia transicional. Por ejemplo, es interesante destacar que tanto las fuerzas armadas como Menem y Alfonsín, han utilizado la narrativa de la pacificación y de la reconciliación, combinada con la teoría de los dos demonios, para promover la impunidad o, en el caso de Alfonsín, la justicia –aunque sólo hasta cierto punto. Igualmente, hoy en día los familiares de las víctimas de la guerrilla utilizan la teoría de los dos demonios para pedir justicia. Lessa rastrea de manera brillante los usos de estas narrativas y sus fines, e ilustra cómo éstos se deben a la ambigüedad inherente a estas narrativas y al contexto en el que las narrativas son apropiadas.

A continuación, a lo largo de la segunda parte del Capítulo 4 (pp. 103-129), Lessa examina la interacción entre las narrativas de la memoria y las medidas de justicia transicional desde la transición a la democracia en Argentina. El análisis se centra en las coyunturas críticas, ya que son los momentos en los que las narrativas de la memoria y su conflicto salen a la luz. Por ejemplo, en relación con la adopción de las leyes de impunidad en 1986-1987 (la segunda coyuntura crítica en Argentina), Lessa estudia cuidadosamente los debates parlamentarios que precedieron a los votos en el Congreso, ya que le permiten identificar las narrativas utilizadas y la que al final se convierte en narrativa hegemónica. En el caso argentino, la reconciliación se impuso, pero puso en marcha una “fase de reacción” alimentada por varios actores y factores, que culminaría a principios de los años 2000.

Los Capítulos 5 y 6 proceden de la misma manera para analizar el caso uruguayo. El Capítulo 5 relata las luchas por la memoria y la justicia, y el Capítulo 6 se centra en la interacción entre las coyunturas críticas, las narrativas de la memoria y las medidas de justicia transicional. Lessa argumenta que en Uruguay se pueden observar las mismas narrativas que en Argentina (pp. 167-184). Sin embargo, tanto su importancia como los resultados (las medidas de justicia transicional adoptadas) son muy diferentes. La autora estudia en detalle la trayectoria uruguaya, y aquí también las entrevistas utilizadas son particularmente reveladoras. La segunda parte del capítulo se dedica al análisis de una variedad de documentos para revelar la interacción entre narrativas de la memoria y justicia transicional, y se centra en las dos coyunturas críticas identificadas –por un lado, los pactos de la transición y el referéndum sobre la Ley de Caducidad, y por otro, las elecciones presidenciales de 2004.

Por último, en la conclusión (pp. 215-229) se realiza un resumen de los argumentos del libro y del análisis empírico. Se destaca una vez más que los cambios en las políticas de justicia transicional provocados por una coyuntura crítica pueden ser positivos o negativos, pero que dependen en parte de los legados y las condiciones creados anteriormente (p. 225). Por tanto, no se trata de descubrir la fórmula de un camino hacia la justicia. Si bien por la misma razón tampoco se puede predecir la evolución de las políticas de justicia transicional, los últimos párrafos del libro especulan sobre su futuro en Argentina y Uruguay (pp. 228-229).

La cantidad y la variedad de datos utilizados por Lessa son muy poco comunes, y como consecuencia, su libro es un relato fascinante de la evolución de las políticas de justicia transicional en Argentina y Uruguay. Sin embargo, este meticuloso análisis no despeja algunas dudas que son sobre todo de orden metodológico. Aunque el institucionalismo histórico y el concepto de coyuntura crítica han sido una contribución importante a las ciencias sociales, plantean algunas dificultades. Como explica Hogan (2006), tanto la definición de coyuntura crítica como los criterios que permiten identificarla suelen ser bastante imprecisos. Una coyuntura crítica es fundamentalmente un momento en el que algunas opciones desaparecen mientras otras aparecen, lo que reorienta la trayectoria general de una institución o política. Una implicación importante es que las coyunturas críticas no son necesariamente momentos de cambio, sino que pueden ser acontecimientos o decisiones que en su momento parecen anodinos. Después de una coyuntura crítica, se generan unas pautas que tienden a consolidar dicha trayectoria (lo que Pierson (2004) llama “retroalimentación favorable”), por lo que con el paso del tiempo es cada vez más difícil volver al punto en el que varias opciones estaban disponibles. Sin embargo, también se puede iniciar una “secuencia reactiva” que puede desviar la trayectoria tomada después de una coyuntura crítica. De hecho, cabe destacar que el análisis de Lessa se centra sobre todo en esta “retroalimentación negativa” que la autora llama “fase de reacción”.

Aunque algunas de estas ideas estén presentes en el libro, este se limita a ofrecer una breve definición de coyuntura crítica sin explicar ni el marco teórico del que forma parte ni los conceptos relacionados que permiten explicar las trayectorias observadas.<sup>1</sup> Las implicaciones metodológicas del concepto de coyuntura –como identificarlas más allá de su definición– tampoco están analizadas (Capoccia y Kelemen, 2007). En vez de esto, Lessa identifica cuatro tipos de coyunturas críticas a las que llama “momentos” (pp. 23-27). Los Capítulos 4 y 6 se refieren a las coyunturas críticas en Argentina y Uruguay desde sus transiciones a la democracia. En ambos países, se argumenta que la última coyuntura tuvo lugar a principios de los años 2000. Sin embargo, en la medida en que los cuatro “momentos” que la componen se produjeron a lo largo de casi una década, resulta difícil entender cuáles son los momentos decisivos o cuantas coyunturas críticas se pueden identificar.

348

Otro aspecto del libro que resulta un poco ambiguo tiene que ver con el análisis de las narrativas de la memoria. Lessa rechaza explicar la adopción de medidas de justicia transicional como el producto de las decisiones estratégicas de varios actores importantes (pp. 21 y 165). Como se ha explicado anteriormente, las narrativas de la memoria son definidas como unos marcos interpretativos que permiten dar sentido a la realidad. No obstante, el libro las analiza sobre todo como justificaciones para promover unas medidas determinadas. Varias páginas se refieren explícitamente a la idea de un uso estratégico (*instrumental*) de las narrativas (por ejemplo, pp. 119, 174, 198 y 218). Por tanto, a pesar de sus afirmaciones, no está claro en qué medida el libro va más allá de un análisis estratégico.

La conclusión parece reforzar esta impresión, ya que aunque se afirma que es necesario ir “más allá de los cálculos estratégicos y los objetivos de los actores para entender mejor las razones detrás de la elección de unas políticas de justicia transicional determinadas” (p. 21), una parte de la conclusión (pp. 223-224) realiza un resumen del papel decisivo de los actores estudiados a lo largo del libro –el ejecutivo, la sociedad civil, los jueces y las fuerzas armadas. Por lo que al final,

<sup>1</sup> Un excelente resumen de este marco teórico es Mahoney y Schensul (2006).

R  
I  
N  
C  
O  
N

puede dar a entender que los actores y sus acciones son más importantes que las narrativas de la memoria. El hecho de que la conclusión no hable de estas narrativas resulta sorprendente ya que su análisis es presentado como la gran contribución del libro. Pero por otra parte es muy interesante ver que las mismas seis narrativas se pueden identificar en Argentina y en Uruguay. Sobre todo, dadas las trayectorias muy distintas de ambos países, resultaría particularmente interesante comparar la influencia de las narrativas de la memoria y especular sobre los factores que pueden explicar las diferencias observadas en cada país.

Por último, un aspecto del análisis que puede generar confusión tiene que ver con la idea de memoria hegemónica. Lessa propone investigar “por qué [algunas narrativas] llegan a ser hegemónicas en una sociedad cuando son utilizadas para validar unas medidas de justicia transicional determinadas” (p. 4). También define una memoria hegemónica como una memoria “dominante” u “oficial” (p. 20). Sin embargo, el análisis se centra en los debates parlamentarios o la perspectiva de los actores principales, por lo que no se puede saber si una memoria es hegemónica más allá de estos círculos. Cabe añadir que el hecho de que la adopción de una política de justicia transicional tenga como consecuencia la institucionalización de una narrativa no implica que esta sea hegemónica en una sociedad, sobre todo porque se hace hincapié en la “fase de reacción” que sigue las coyunturas críticas. Dicho de otra manera, la narrativa más utilizada como justificación no significa la más aceptada en una sociedad. Dicho esto, cabe reconocer que tal confusión caracteriza numerosos estudios sobre la memoria. Por lo tanto, más que establecer una clasificación de las varias narrativas de la memoria, sería interesante saber más sobre el eco de los debates en torno a la justicia transicional en la sociedad en general. Lessa explica que la sociedad argentina demuestra poco interés por estos debates (p. 80). Se trata de un dato importante que plantea también la cuestión del significado de memoria hegemónica en este caso.

349

En resumen, coincido con la Prof<sup>a</sup>. Pérez González en que el libro de Francesca Lessa es un relato apasionante de las luchas por la memoria en Argentina y Uruguay. Su lectura es tan fácil como informativa, y su originalidad se debe a la relación entre memoria y justicia transicional, que permite un análisis dinámico de estas. Se trata de una contribución importante que, sin duda, inspirará a otros estudios que seguirán explorando la relación entre memoria y justicia transicional. En mi opinión, el gran mérito de este libro es que, contra muchos estudios sobre el tema de la memoria, la autora combina con maestría rigor y compromiso, para evitar ofrecer un relato cerrado del pasado de estos países. En vez de esto, nos presenta las piezas de un rompecabezas, ilustrando así como las luchas por la memoria deben ser entendidas.

## Bibliografía

- AGUILAR, P. (2008), “Transitional or Post-transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case”, *South European Society & Politics*, Núm. 4, pp. 417-433.
- CAPOCCIA, G. y KELEMEN, R.D. (2007), “The Study of Critical Junctures. Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism”, *World Politics*, Núm. 59, pp. 341-369.
- COLLIER, R.B. y COLLIER, D. (1991), *Shaping the Political Arena: Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America*, Princeton University Press, Princeton.
- HOGAN, J. (2006), “Remoulding the Critical Junctures Approach”, *Canadian Journal of Political Science*, Núm. 39, pp. 657-679.

- MAHONEY, J. y SCHENSUL, D. (2006), "Historical Context and Path Dependence", en GOODIN, R.E. y TILLY. C., *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis*, Oxford University Press, Oxford.
- PIERSON, P. (2004), *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*, Princeton University Press, Princeton.
- STERN, S.J. (2004), *Remembering Pinochet's Chile: On the Eve of London 1998*, Duke University Press, Durham.



## Respuesta a Carmen Pérez y Vincent Druliole

***Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay.***

***Against Impunity***

**Francesca Lessa,**

**(2013) Palgrave Macmillan, Nueva York, 336 pp.**

**Francesca Lessa**

*University of Oxford*

[lessafrancesca@googlemail.com](mailto:lessafrancesca@googlemail.com)

[...] hay recuerdos que no necesitan ser llamados y siempre están ahí y muestran su rostro sin descanso. Es el rostro de los seres amados que las dictaduras militares desaparecieron. [...] Hay quienes vilipendian este esfuerzo de memoria. Dicen que no hay que remover el pasado, que no hay que tener ojos en la nuca, que hay que mirar hacia adelante y no encarnizarse en reabrir viejas heridas. Están perfectamente equivocados. Las heridas aún no están cerradas. Laten en el subsuelo de la sociedad como un cáncer sin sosiego. Su único tratamiento es la verdad. Y luego, la justicia. Sólo así es posible el olvido verdadero. La memoria es memoria si es presente y así como Don Quijote limpiaba sus armas, hay que limpiar el pasado para que entre en su pasado.

Discurso del poeta argentino Juan Gelman al recibir el Premio Cervantes en 2007.

Quisiera empezar mi aporte a este “Rincón de lecturas” agradeciendo al profesor José María Sauca Cano por seleccionar mi libro para este debate, y a los profesores Vincent Druliole y Carmen Pérez González por su atenta lectura de la obra y también por los importantes comentarios y reflexiones sobre su contenido. Cuando me propusieron participar en una reseña “más interactiva” de mi libro, acepté enseguida por dos razones. Primero, me encantó la idea de que este debate abarcara tanto a dos profesores como comentaristas y que también ofreciera la oportunidad a la autora de poder responder a sus preguntas y observaciones de tal manera que se constituyera un “intercambio intelectual”. Además, como el libro salió hace poco menos de un año y en inglés, me pareció una excelente ocasión para reflexionar sobre los acontecimientos que ocurrieron desde entonces y que, a través de este debate, el libro sea conocido asimismo por el público hispanohablante.

Las reseñas proporcionadas por los profesores Druliole y Pérez González se complementan perfectamente por abordar los temas analizados en el libro a través

de dos disciplinas académicas, las ciencias sociales y políticas, y el derecho – especialmente el derecho internacional de los derechos humanos. Sus comentarios destacan de una forma evidente cómo la justicia transicional es claramente un campo interdisciplinario. Desde luego, desde su comienzo en América del Sur en los años 80s, cuando países como Argentina, Brasil, Chile y Uruguay tuvieron que confrontar violaciones sistemáticas de los derechos humanos cometidas por regímenes dictatoriales, hasta el presente donde vemos sociedades como las de Túnez y Egipto afrontar situaciones parecidas, la justicia transicional ha trascendido las fronteras de las disciplinas académicas convencionales.

De hecho, los dilemas relacionados con la revisión de un pasado de violencia política y/o conflicto no sólo abarcan la política y el derecho, sino también cuestiones de ética y moral, inclusive de historia y psicología. Por estas razones, las dos reseñas ofrecidas aquí ponen de relieve diferentes aspectos y elementos del libro debido al análisis que cada comentarista hace desde el abordaje de su disciplina. La revisión de Drulolle me permite afrontar y aclarar cuestiones importantes relacionadas a dos conceptos centrales del libro: coyunturas críticas y narrativas de la memoria. Por otro lado, los comentarios de Pérez González en remarcar la relación entre lo nacional y lo internacional me ofrecen la oportunidad de discutir esta tensión en el caso de Uruguay y, de esa forma, actualizar el libro; de hecho, pocos días después que el manuscrito fuese terminado, varios acontecimientos tuvieron lugar en ese país, que nos recuerdan la persistente tensión no sólo entre la legislación nacional y las obligaciones de los tratados internacionales, sino también entre la soberanía de los estados y las normas internacionales en materia de derechos humanos.

La reseña del profesor Drulolle me impulsa a aclarar algunos puntos relativos a dos conceptos claves del libro. Drulolle remarca cómo las últimas coyunturas críticas para Argentina y Uruguay tuvieron lugar a principios del 2000, concretamente en 2003 para Argentina y 2005 para Uruguay, y que a veces es difícil entender cuáles fueron los momentos decisivos o cuáles coyunturas críticas se pueden identificar específicamente. Mientras que las coyunturas críticas anteriores se caracterizaron por un momento específico (momento político para la Argentina en 1983 y luego momento de oposición en 1986; y momento de oposición para Uruguay en 1986), las coyunturas críticas posteriores a comienzo de los 2000s resultan ser más complejas, porque abarcan los cuatro momentos identificados en el marco teórico. Es evidente que algunos de estos momentos como, por ejemplo, el momento de oposición que se refiere a la movilización de activistas de derechos humanos y víctimas se desarrollaron durante mucho tiempo, mientras que otros como el momento político de la elección del Presidente de Argentina Néstor Kirchner en 2003 pueden ser más fácilmente confinados a un momento específico en el tiempo. Sin embargo, en estas situaciones de coyunturas críticas más complejas vemos el resultado de momentos específicos que han sucedido a lo largo del tiempo y sus impactos se unen y desencadenan la coyuntura crítica. Por lo tanto, la coyuntura crítica es uno pero incluye a los cuatro momentos que han generado las condiciones para que ocurra el cambio.

352

Gran parte de los comentarios de Drulolle se refieren a la cuestión de las narrativas de la memoria; en particular, el profesor plantea tres problemas: la función de las narrativas de la memoria y su relación con actores específicos en cuanto a la justicia transicional, el hecho de que se identifican seis narrativas de la memoria similares en Argentina y Uruguay, y finalmente la idea de la memoria hegemónica.

Respecto al papel de las narrativas de la memoria en situaciones de justicia transicional, en el libro he intentado analizar cómo existe una fuerte relación entre

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

las narrativas de la memoria y las decisiones políticas de justicia transicional. La relación funciona en ambos sentidos, aunque las narrativas de memoria podrían ser vistas como el punto de partida, puesto que como discuto más detalladamente en el capítulo 1 del libro, las narrativas de la memoria sobre un evento traumático surgen en el momento en que el mismo está ocurriendo para otorgar sentido e interpretar los hechos que están sucediendo. Por esta razón, al evaluar el papel de las narrativas de la memoria en situaciones de justicia transicional, muchos de los relatos que existen emergieron anteriormente al momento de transición y surgieron, en el caso de Argentina y Uruguay, durante la misma dictadura. Debido a esto, en los diferentes momentos en que se deben tomar decisiones de justicia de transición, sobre cómo responder a las atrocidades del pasado, los actores que intervienen en estos procesos actúan dentro de sociedades donde coexisten numerosas narrativas de la memoria relacionadas con el pasado. Estas narrativas por supuesto sirven propósitos estratégicos porque los actores las usan frecuentemente para justificar la promulgación de una política específica. Sin embargo, la política preferida por estos actores está influenciada y en consonancia con el relato de memoria que ellos apoyan. Utilizaré un ejemplo para aclarar lo que estoy diciendo.

Cuando el Parlamento uruguayo debatió en diciembre de 1986 sobre la posible promulgación de una ley de amnistía, muchos legisladores del Partido Colorado justificaron su respaldo a dicha legislación porque interpretaban el tiempo de la dictadura como una guerra, un conflicto entre las fuerzas armadas y la guerrilla. En Uruguay, tradicionalmente siempre se habían otorgado amnistías al final de una guerra y estos políticos creían que ésta era la política más adecuada a la luz de su interpretación dominante del pasado. Por otro lado, los legisladores de la oposición, principalmente del Partido Frente Amplio, rechazaron la amnistía propuesta y querían poder investigar y enjuiciar las atrocidades cometidas, porque veían la dictadura como una forma de terrorismo de estado, donde el estado había perseguido sistemáticamente a sus ciudadanos. Así que en respuesta al comentario de Drulolle, quisiera subrayar cómo los actores y sus acciones no son más importantes que las narrativas de la memoria, sino que las narrativas de la memoria moldean las preferencias políticas de los actores y, a su vez, si las preferencias políticas tienen éxito -como en el caso de Uruguay donde la amnistía fue finalmente promulgada- esto refuerza aún más la autoridad de la narrativa de la memoria y su poder interpretativo sobre lo que en última instancia sigue siendo un pasado en disputa.

El profesor Drulolle subraya muy bien cómo he identificado el mismo número de narrativas de memoria en Argentina y Uruguay y destaca cómo sería interesante comparar la influencia de las narrativas en estos dos países y especular sobre los factores que pueden explicar las diferencias observadas en cada país. Es importante decir desde el principio que la lista de seis narrativas que analizo en los capítulos 4 sobre Argentina y 6 sobre Uruguay no pretende ser exhaustiva, sino más bien considera las narrativas de la memoria que son más comunes. Esta lista de narrativas de la memoria se deriva del análisis de los datos recopilados durante cuatro años de trabajo doctoral desde 2006 a 2009 y posteriormente investigaciones entre 2009 y 2012, particularmente el estudio de numerosas fuentes incluyendo entrevistas durante el trabajo de campo, periódicos, documentos elaborados por organizaciones no gubernamentales o publicaciones militares, y fuentes secundarias. Estas narrativas de la memoria son, por lo tanto, las más frecuentemente encontradas en las interacciones sociales y la literatura relevante en estos dos países. Las seis narrativas discutidas en el libro son: guerra, excesos, dos demonios, pacificación y reconciliación, terrorismo de estado, y justicia e impunidad.

No es nada sorprendente que Argentina y Uruguay comparten un conjunto similar de narrativas de la memoria, puesto que las dos dictaduras tomaron inspiración ideológica de la misma doctrina de seguridad nacional y del contexto de la guerra fría mundial. Además, activistas de derechos humanos y víctimas tuvieron que enfrentar desafíos similares en cuanto a las violaciones de derechos humanos perpetradas y los remedios que pedían, además del hecho de que muchos ciudadanos uruguayos marcharon al exilio rumbo a la Argentina con el golpe de junio de 1973. Si nos fijamos, por ejemplo, en la narrativa de los dos demonios, es interesante ver cómo, a pesar de que existe en ambos países, en realidad surgió en la Argentina en la década de 1970, incluso antes del golpe de 1976, y se ha desarrollado de maneras muy diferentes a lo largo del tiempo. En el momento de la transición en la década de 1980 en la Argentina, la narrativa de los dos demonios dibujaba un escenario en el cual las fuerzas de los militares y de la guerrilla se habían confrontado violentamente, mientras que la población en general —que había favorecido la paz y la democracia— había quedado atrapada en el medio, desarmada e indefensa. Esta mayoría silenciosa se presenta como ajena a estas confrontaciones, sufriendo sus consecuencias, al igual que en el prólogo del famoso reporte *Nunca Más* de la comisión de la verdad CONADEP de Argentina de 1984.

La demonización de los grupos revolucionarios y de las fuerzas armadas permitió la absolución de la sociedad y de la clase política dirigente de cualquier responsabilidad antes y después del golpe de estado. En la década de 1980, la narrativa de los demonios se convirtió en una herramienta conveniente, especialmente para los actores políticos, para impartir culpa por dinámicas y estructuras complejas del terrorismo de estado hacia un número limitado y restringido de individuos específicos, exonerando automáticamente todos los demás. Con el paso del tiempo, la narrativa ha perdido parte de su atractivo en la Argentina; de hecho, especialmente con la reapertura de los juicios desde el año 2006, el alcance real de la violencia de estado se ha hecho evidente. Por supuesto muchos policías y militares están siendo procesados, pero al mismo tiempo el universo de los responsables se ha expandido más allá de ellos, incluyendo distintas formas de colaboración de quienes antes se veían como una sociedad inocente, para abarcar el papel desempeñado, por ejemplo, por jueces, médicos y empresas en la maquinaria infernal del terrorismo de estado.

354

En Uruguay, la narrativa de los dos demonios surgió sólo en la década de 1980 en el momento de la transición, y a menudo fue torcida de forma específica por líderes políticos dado que, aunque había dos demonios, uno era visto como el "peor", es decir, el grupo guerrillero Tupamaros, por haber atacado directamente la democracia y en consecuencia desencadenado la respuesta militar. El atractivo de esta narrativa no ha desaparecido en el Uruguay. De hecho, hubo un renacimiento importante de esta narrativa en marzo de 2012 en el contexto del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los crímenes cometidos contra los Gelman ordenado por la Corte Interamericana (véase abajo). En los días anteriores y tras el acto, muchos políticos cuestionaron la admisión de responsabilidad por parte del presidente José Mujica, un ex dirigente de los Tupamaros. El ex Presidente Colorado Batlle, por ejemplo, sostuvo que "acá los que tienen que pedir perdón son los que armaron el lío, qué duda cabe;" y que "si no hubiera existido guerrilla, no hubiese existido dictadura militar" (El Observador, 15/03/2012).

Por lo tanto, se puede argumentar que en la Argentina ha habido un fuerte movimiento hacia la justicia en los últimos diez años; la ocurrencia de cientos de juicios por los crímenes de la dictadura ha cuestionado profundamente el poder explicativo de narrativas de la memoria como las de la guerra y los dos demonios.

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

La más reciente ola de juicios, junto con el informe histórico de la CONADEP y el enjuiciamiento de los comandantes militares a mediados de la década de 1980, han visto a la memoria del terrorismo de estado adquirir una posición dominante en el paisaje de la memoria en Argentina. Por otra parte, en Uruguay, la lucha por la memoria sigue siendo muy fuerte; el hecho de que la actual administración presidencial se componga de muchos de los antiguos líderes guerrilleros se utiliza a menudo por las fuerzas de la oposición para continuar reafirmando sus narraciones del pasado como una guerra entre demonios. Por otra parte, a pesar de que hubo importantes avances en términos de la justicia en Uruguay, el país queda aún bastante atrasado en comparación con la Argentina y, no se ha logrado aún ampliar el debate más allá de los militares y los guerrilleros.

Sobre la última cuestión planteada por el profesor Druliole es importante aclarar que el hecho de que una narrativa pueda convertirse en hegemónica porque es empujada por actores políticos de peso no significa que otros relatos ya no existan o sean desmantelados. De hecho, concuerdo con el punto destacado por Druliole que la narrativa más utilizada como justificación no significa la más aceptada dentro de la sociedad. En mi definición de narrativa hegemónica se destaca cómo esos relatos de memoria sustentan y organizan commemoraciones a nivel del estado. Eso no significa que sean aceptados por la sociedad. Por ejemplo, cuando las leyes de amnistía y los indultos fueron adoptados en la Argentina a finales de la década de los 1980 y a principios de los 1990, los Presidentes Raúl Alfonsín, primero, y Carlos Menem, después, utilizaron relatos centrados en la necesidad de reconciliación subrayando como ésa requería el fin de las investigaciones judiciales por los crímenes del pasado. La narrativa de la reconciliación siguió siendo hegemónica en todo el decenio de los 1990 bajo Menem, pero fue extremadamente polémica y fuertemente cuestionada a lo largo del tiempo por gran parte de la sociedad que estaba en contra de las amnistías y los indultos y se movilizó a lo largo de esos años para lograr la reapertura de los juicios y, en definitiva, lo logró. De manera similar, si bien podemos decir que la memoria del terrorismo de estado se ha convertido en hegemónica desde el año 2003, con los Presidentes Kirchner y Fernández de Kirchner, también hemos visto cómo otras memorias no han desaparecido por completo y siguen latentes adentro de la sociedad (Salvi 2011).

En su recensión, la profesora Pérez González reflexiona sobre el papel desempeñado por el derecho internacional en las sociedades que enfrentan procesos de justicia transicional y se esfuerzan por entender y afrontar brutalidad y atrocidades sin precedentes. Pérez González recalca cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha asumido la función "de guiar al Estado en la tarea de consolidar una paz justa y duradera tras un conflicto armado o la experiencia de un conflicto armado." La profesora menciona también la creación, en 2011, de un Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, el papel de presiones regionales e internacionales, y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman c. Uruguay* de febrero de 2011.

El conocido abogado argentino Carlos S. Nino que participó de primera mano en el diseño y la ejecución de políticas para responder al horror de la desaparición sistemática de personas en la Argentina se preguntaba cómo las sociedades podrían responder a "delitos contra la dignidad humana tan generalizados, persistentes, y organizados que empujan la moral y la ética a sus límites?" (Nino,

1996: vii).<sup>1</sup> En este contexto, especialmente desde la década de 1990, el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos han llegado a cumplir un papel importante en guiar a los estados que están tratando de desarrollar y establecer políticas de justicia transicional.

Las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos (OEA) han tenido un papel clave, en particular a la hora de evaluar que los estados cumplan con sus obligaciones de investigar los hechos alrededor de violaciones de los derechos humanos y castigar a los responsables. Ya en los primeros años de la década de 1990, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció jurisprudencia pionera contra el uso indiscriminado de las amnistías generales, llamando a los estados a adoptar medidas eficaces para aclarar las atrocidades, afirmando en el Reporte 28/92 de octubre 1992 que las leyes de amnistías argentinas y los indultos eran “incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y recomendando “al Gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar” (CIDH, 1992).

Esta postura innovadora fue reforzada más aún por la posterior jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su sentencia en el caso *Barrios Altos c. Perú* de marzo de 2001, donde se aseveró que las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas “son inadmisibles” y “prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CorteIDH 2001, para. 41). La Corte IDH reiteró su jurisprudencia en varios casos posteriores con respecto a países como Chile, Brasil, El Salvador y Uruguay en el ya mencionado caso *Gelman*.

356

En la Argentina, activistas de derechos humanos recurrieron con éxito a la CIDH para generar presión e intentar desbloquear la situación de impunidad que rodeaba los crímenes de la dictadura en los 1990s; por ejemplo, la CIDH negoció en 1999 una solución amistosa en el caso de *Carmen Aguiar de Lapacó* (12.059) que obligó a la Argentina a reabrir la posibilidad de investigar el destino de los desaparecidos a través de los llamados “juicios por la verdad”. En su sentencia histórica de junio 2005 cuando declaró la invalidez e inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida (leyes 23.492 y 23.521), la Corte Suprema de Argentina sostuvo que esas leyes de amnistía eran “contrarias a normas internacionales” que tenían jerarquía constitucional y se inspiró y tuvo en cuenta los lineamientos fijados por la Corte IDH en *Barrios Altos* (CELS, 2005: 49).

Como la profesora Pérez González bien subraya en sus comentarios, el caso *Gelman* es un ejemplo excelente para ilustrar el rol que pueden tener presiones regionales e internacionales en la conformación de procesos de justicia transicional. Antes de debatir sobre el papel desempeñado por la sentencia de febrero de 2011, es importante recordar brevemente cómo el caso *Gelman* ejercitó un papel fundamental en Uruguay ya en la década de 1990. El poeta argentino Juan Gelman, quien lamentablemente falleció en enero de este año, pasó más de 20 años buscando a su nieto/a desaparecido/a que había nacido a finales de 1976 durante la

---

<sup>1</sup> Todas las traducciones del inglés al español son de la autora a menos que se indique lo contrario. La autora agradece a Soledad Pache por su ayuda con la edición del texto.

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

detención ilegal de su madre –inicialmente detenida en Buenos Aires- y que había sido adoptado/a ilegalmente por la familia de un policía en Montevideo. En 1999, gracias a investigaciones privadas, Gelman pudo establecer que su nieto/a desaparecido/a se encontraba efectivamente en Uruguay y finalmente pudo reencontrarse con ella en febrero de 2000. Este caso cuestionó profundamente el discurso oficial del estado uruguayo que negaba las atrocidades cometidas y expuso públicamente su real alcance (incluyendo el traslado clandestino de mujeres embarazadas y la adopción ilegal de sus hijos) (*La República*, 29/01/2000). Como resultado del caso *Gelman*, varios presidentes uruguayanos, primero Jorge Battle en el 2000 y luego José Mujica en 2011-2012, que seguían siendo reacios a enfrentar el problema de los crímenes del pasado, no tuvieron más remedio que hacerlo (Lessa, 2014). La explosión del caso Gelman permitió el desarrollo de ulteriores averiguaciones sobre el pasado en Uruguay, incluyendo la identificación en 2002 de otro niño que había desaparecido en 1976, Simón Riquelme, e investigaciones sobre los trasladados ilegales de ciudadanos uruguayanos que se pensaba habían desaparecido en Buenos Aires cuando en realidad habían sido secuestrados por las fuerzas armadas uruguayas e ilegalmente devueltos al Uruguay, lugar donde habían sido desaparecidos en última instancia.

Poco después de reunirse con su nieta, Juan y Macarena Gelman iniciaron acciones judiciales para averiguar el destino de la madre de Macarena. Sin embargo, todos estos intentos fracasaron debido a la aplicación sistemática de la ley de amnistía uruguaya, la *Ley de Caducidad* (Peralta, 2011). Por lo tanto, los Gelman recurrieron al sistema interamericano que en febrero de 2011 condenó a Uruguay por la falta de investigación en el caso y en particular declaró que la Ley de Caducidad carecía “de efectos” por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por obstruir la investigación y la eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos en el caso y en todos los otros casos similares de abusos de derechos humanos que hubiesen ocurrido en Uruguay (CorteIDH 2011). La sentencia de la Corte IDH fue utilizada estratégicamente por grupos de activistas de derechos humanos y víctimas para empujar al gobierno uruguayo que se resistía a adoptar medidas eficaces para garantizar que las atrocidades del pasado pudiesen ser investigadas (Burt, Fried Amilivia y Lessa, 2013). En particular, a los activistas les preocupaba a finales de 2011 que los jueces aplicaran un estatuto de limitaciones para archivar cualquier enjuiciamiento de los crímenes de la dictadura. Siendo el primer veredicto contra Uruguay por el alto tribunal de derechos humanos, los activistas lo emplearon efectivamente para generar presión hacia al gobierno que finalmente adoptó la ley 18.831 de octubre de 2011, que permitiría a los jueces seguir investigando y pondría a Uruguay en una posición de conformidad con la Corte IDH porque dicha ley invalidó la Ley de Caducidad.

En este caso, la sentencia y la presión de la Corte IDH fueron manejadas estratégicamente por los activistas para impulsar el gobierno en direcciones específicas y llevar a cabo políticas en materia de justicia transicional. Todavía el caso Gelman tiene reverberaciones en el Uruguay. De hecho, unos días después de que este libro fuese completado en febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) de Uruguay dictó una sentencia en la que la tensión entre la jurisprudencia nacional e internacional fue nuevamente expuesta. Cabe mencionar que el poder judicial uruguayo es conocido por ser conservador y por resistirse a adoptar conceptos innovadores, como la aplicabilidad del derecho internacional en el derecho interno, o nuevas interpretaciones por parte de los jueces de las leyes vigentes como la consideración de las desapariciones forzadas como delitos permanentes que rutinariamente se adopta en Argentina y Chile y que aún debe ser

incorporado en la jurisprudencia local (Brinks, 2008; Guianze, 2011). El 22 de febrero de 2013, invocando el principio de no-retroactividad de la ley penal (*ex post facto*), la SCJ declaró los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 inconstitucionales por cuatro votos contra uno. Luego de más de dos décadas de impunidad bajo la Ley de Caducidad de 1986, la Ley 18.831 fue un paso importante para satisfacer las demandas de los sobrevivientes y de los familiares de las víctimas de verdad y justicia. El fallo de la SCJ hizo un uso selectivo de las obligaciones de derechos humanos y enfatiza las garantías de los derechos de los acusados, sin hacer ninguna mención de los ampliamente reconocidos derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y los familiares de las víctimas. El fallo cita oscuros y superados códigos penales de Toscana e Italia de 1853 y 1888 para justificar su postura, y sorprendentemente no hace ninguna mención del derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos que se ha desarrollado (Burt y Lessa, 2013). Solamente la opinión disidente del Juez Ricardo C. Pérez Manrique, que rechazó la apelación de inconstitucionalidad, cita a provisiones relevantes de derechos humanos a nivel internacional y regional ratificadas por Uruguay para reconocer que los crímenes perpetrados durante la dictadura uruguaya ya ascendieron a crímenes de lesa humanidad en el momento en que fueron cometidos.

El abogado uruguayo Juan Errandonea (2013) define a este fallo como “insólito” e “inexplicable”, subrayando cómo en octubre de 2009 la SCJ había dictado un veredicto histórico, declarando que los artículos uno, tres y cuatro de la Ley de Caducidad eran inconstitucionales y determinando que eran violatorios de la Constitución y de diversos tratados de derechos humanos, citando a varias disposiciones internacionales de derechos humanos y jurisprudencia como *Barrios Altos*. El giro de 180° de parte de la SCJ junto con el traslado a un tribunal civil de la jueza penal Mariana Mota quien estaba investigando más de 50 casos de crímenes de la dictadura recibió amplia atención de la comunidad internacional y muchas condenas a lo largo de 2013. La Corte IDH elaboró en marzo de 2013 una resolución sobre la supervisión del cumplimiento de la sentencia dictada contra Uruguay en el caso Gelman en la que sostuvo que la sentencia de la SCJ que reafirma la prescripción de delitos de lesa humanidad “no está en consonancia con la evolución del Derecho Interamericano y Universal de Derechos Humanos, ni con la responsabilidad internacional del Estado reconocida por éste y declarada en Sentencia,” y que dicho veredicto constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia (CortIDH 2013, par. 103). De manera parecida, el Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, lamentó, en una conferencia de prensa ofrecida tras su primera visita oficial a Uruguay a comienzos de octubre de 2013, el “cambio de rumbo” de la SCJ que a su juicio daña a las víctimas de los crímenes cometidos durante la dictadura. Específicamente subrayó cómo “nada parece amenazar más las posibilidades de progreso en el área de la justicia que decisiones recientes” de la SCJ (OHCHR, 2013).

358

Si miramos hacia atrás al 2013, este cambio de rumbo ha tenido un impacto rotundo y claro sobre los avances en términos de justicia en el Uruguay. Mientras hay 226 investigaciones sobre los crímenes de la dictadura abiertas en los tribunales, solamente el 5% se encuentra en la fase de sumario mientras que el 77% aún está en pre-sumario.<sup>2</sup> Además, el año pasado sólo hubo cinco sentencias; dos archivaron los casos aplicando la sentencia de la SCJ, dos más absolvieron a cuatro

---

<sup>2</sup> Información del Observatorio Luz Ibarburu de seguimiento de las denuncias penales por violaciones a los derechos humanos. Disponible en: <http://www.observatorioluzibarburu.org/reportes/>. Revisado el 28 de febrero de 2014.

acusados y se dio solamente un veredicto condenatorio –aunque con una condena extremadamente ligera por el asesinato de un estudiante en 1973. Comparamos esto con la Argentina, donde en el mismo periodo se completaron 24 juicios penales con 160 personas condenadas.<sup>3</sup>

Resulta evidente que esta tensión entra la SCJ y la Corte IDH, y el derecho nacional uruguayo y el derecho internacional de los derechos humanos va a seguir definiendo las políticas de justicia transicional y los avances en términos de justicia para las víctimas. De la misma manera que los caminos de Argentina y Uruguay siguen aún abiertos y que el pasado reciente de las dictaduras y de sus crímenes va a seguir generando debates tanto a nivel de justicia transicional como de narrativas de la memoria.

Como bien decía el afamado poeta uruguayo Mario Benedetti en un poema que habla de los bebés robados por las dictaduras latinoamericanas, “el cuento no se ha acabado.”

## Bibliografía

- BRINKS, D.M. (2008), *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BURT, J.-M., FRIED AMIVILIA, G., LESSA, F. (2013), "Civil Society and the Resurgent Struggle against Impunity in Uruguay (1986–2012)", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, Núm. 2, pp. 306-327.
- BURT, J.-M. y LESSA, F. (2013), *Recent Sentence by Uruguayan Supreme Court Obstructs Search for Truth and Justice*. WOLA, Disponible en: [http://www.wola.org/commentary/recent\\_sentence\\_by\\_uruguayan\\_supreme\\_court\\_obstructs\\_search\\_for\\_truth\\_and\\_justice](http://www.wola.org/commentary/recent_sentence_by_uruguayan_supreme_court_obstructs_search_for_truth_and_justice). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (2005), *Informe Anual 2005*, CELS, Buenos Aires.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1992), *Informe Nº 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311*. OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, CIDH, Washington.
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001*, Serie C No. 75. CorteIDH, San José.
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011*, Serie C No.221, CorteIDH, San José
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013*, San José.
- EL OBSERVADOR (2012). "Battle: 'Los que tienen que pedir perdón son los que armaron el lío'", 15 de marzo de 2012.
- ERRANDONEA, J. (2013), "Se acata pero no se cumple: Algunas reflexiones sobre la sentencia de la suprema corte de justicia", *Vadenuovo*, Núm. 55. Disponible en:[http://www.vadenuovo.com.uy/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2878](http://www.vadenuovo.com.uy/index.php?option=com_content&view=article&id=2878). Revisado el 28 de febrero de 2014.
- GUIANZE, M. (2011), "La Ley de Caducidad, las luchas por la justicia y la jurisdicción universal de los derechos humanos en el Uruguay", en FRIED, G. y LESSA, F. (eds.), *Luchas contra la impunidad: Uruguay 1985-2011*, Trilce, Montevideo.

<sup>3</sup> Ver información actualizada al 3 de enero de 2014 en: <http://fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/en-2013-hubo-160-condenas-y-suman-520-condenados-pero-solo-hay-71-casos-firmes/?origen=metarefresh>

- LA REPÚBLICA (2000), "Sanguinetti: 'En Uruguay no desapareció ningún niño'", *La República*, 29 DE ENERO DE 2000.
- LESSA, F. (2014), "Elusive Justice, Changing Memories and the Recent Past of Dictatorship and Violence in Uruguay: An Analysis of the 2012 Public Act in the Gelman case", *International Journal of Conflict and Violence*. En prensa.
- NINO. C.S. (1996), *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven and Londres.
- OHCHR (2013), *Justicia transicional: "Uruguay tiene un capítulo de su pasado reciente aún sin resolver adecuadamente"*. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13852&LangID=S>. Revisado el 28 de febrero de 2014.
- PERALTA, A. (2011), "El caso Gelman y los desafíos a la Ley de Caducidad", en FRIED, G. y LESSA, F. (eds.), *Luchas contra la impunidad: Uruguay 1985-2011*, Trilce, Montevideo.
- SALVI, V. (2011), "The Slogan "Complete Memory": A Reactive (Re)-signification of the Memory of the Disappeared in Argentina", en LESSA, F. y DRULIOLLE, V. (eds.), *The Memory of State Terrorism in the Southern Cone: Argentina, Chile, and Uruguay*, Palgrave MacMillan, Nueva York.



R  
I  
N  
C  
Ó  
N

## Notas

### Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin

Julián Gaviria

Universidad Carlos III de Madrid

[jgaviria@trust-cm.net](mailto:jgaviria@trust-cm.net)

#### Resumen

Hemos visto en las últimas décadas el crecimiento de la así llamada objeción democrática o contramayoritaria y la puesta en duda del carácter democrático del control de constitucionalidad de las leyes. Este trabajo busca hacer una breve síntesis de la concepción asociativa de la democracia defendida por Ronald Dworkin y la manera en que el control de constitucionalidad encaja dentro de dicha concepción.

361

#### Palabras clave

Dworkin, democracia asociativa, control de constitucionalidad, teoría de la democracia, foro de principio.

### Ronald Dworkin on democracy and Judicial Review

#### Abstract

We have seen in the last few decades the growth of the so-called democratic or majoritarian objection that has challenge the democratic pedigree of the increasingly popular institution of judicial review. In this paper we summarize Dworkin's conception of democracy as partnership democracy and the way in which judicial review fit in this more general conception.

#### Keywords

Dworkin, partnership democracy, judicial review, democratic theory, forum of principle

La presente comunicación tiene por objeto hacer una breve síntesis de la defensa del control de constitucionalidad desde la propuesta de democracia asociativa presentada por Ronald Dworkin<sup>1</sup>. Para ello analizaremos, en primer lugar, en qué consiste la democracia entendida como democracia asociativa, para después analizar cómo el control de constitucionalidad se integra dentro de dicha concepción.

## 1. La democracia asociativa

La tensión existente entre el control de constitucionalidad de las leyes y la democracia es expuesta en *Justice for hedgehogs* (Dworkin, 2011: 380) de la siguiente manera: “¿Es la práctica de la revisión judicial, la cual permite a jueces elegidos de por vida declarar inconstitucionales actos del ejecutivo y del legislativo, ilegítima por ser antidemocrática? ¿O es esta práctica por el contrario un necesario y deseable correctivo a la democracia? ¿O –una tercera posibilidad- es la práctica en verdad esencial para crear una genuina democracia? Cada una de estas posiciones es ampliamente defendida y no podemos escoger entre ellas sin escoger entre concepciones de la democracia y defender nuestra elección”<sup>2</sup>

Esto quiere decir que si queremos afirmar o negar la legitimidad de la institución que en este caso nos ocupa –el control judicial de las leyes- debemos empezar, según Dworkin, por exponer y defender una concepción de la democracia.<sup>3</sup> El autor nos ofrece dos opciones contrapuestas: la llamada por él *democracia asociativa* y la *democracia procedural o mayoritaria*.<sup>4</sup> ¿En qué consiste esta democracia asociativa y qué la diferencia de la democracia mayoritaria?

La democracia, entendida como democracia asociativa, es un sistema político en el que los miembros de una sociedad se gobiernan a sí mismos reconociendo a cada uno como un socio de pleno derecho dentro de ésta. De este reconocimiento se deriva que las decisiones emanadas de este sistema sólo pueden ser aceptadas como democráticas cuando reconozcan y respeten la calidad de cada ciudadano como socio de pleno derecho. Tal como se expone en *Freedom's Law*, esta concepción de la democracia exige que “las decisiones colectivas se tomen a través de instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad -como individuos- con igual consideración y respeto” (Dworkin, 1996: 17).

Es importante preguntarse ahora qué demanda el principio de igual consideración y respeto. De este principio –también llamado principio de dignidad humana- se derivan, a su vez, dos sub-principios. El primero es el denominado *principio de igual consideración* según el cual cada vida humana tiene un valor

<sup>1</sup> Texto presentado como comunicación en las *Jornadas sobre el Legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho* organizadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) los pasados 29 y 30 de octubre.

<sup>2</sup> Las citas de textos en inglés en el presente trabajo son traducciones propias.

<sup>3</sup> Este planteamiento del problema es aceptado por la mayoría de autores *constitucionalistas*, entre los que destacan Ferrajoli -y su concepción de la democracia como *democracia constitucional* (Ferrajoli, 2011b, en el capítulo XIII) o Alexy (2005: 577) y su *constitucionalismo discursivo*. Para una visión contraria según la cual la democracia no es la fuente única de legitimación de la justicia constitucional véase Pazé (2013: 101-107).

<sup>4</sup> Waldron, el principal objetivo de las críticas dwokinianas en lo que a control de constitucionalidad se refiere, alega que el calificativo de *mayoritaria* que se le asigna a la concepción de la democracia defendida por él y por otros, induce a confusión, toda vez que en verdad la cuestión no debería ser planteada como una contraposición entre mayoría vs. minoría, pues en el modelo defendido por Dworkin son también las mayorías las que triunfan, sólo que no serían las mayorías parlamentarias, sino las mayorías (en este caso conformada por jueces) en una corte o tribunal (Waldron, 2013).

intrínseco, y por lo tanto debe ser defendida y protegida. El segundo, el *principio de responsabilidad*, exige que cada ser humano elija por sí mismo la manera en que debe realizar su propia vida (Dworkin, 2008: 24 ss., 182 ss.; 2011: 330 ss.).

Estos dos principios derivados de la dignidad humana son aquellos que en el lenguaje tradicional de la teoría política se denominan principio de igualdad y principio de libertad los cuales, dicho sea de paso, Dworkin considera unidos de tal manera que la garantía de cada uno de ellos se ve reforzada y complementada por la protección del otro (Dworkin, 2011: 331).

A la democracia asociativa se contrapone la concepción mayoritaria de la democracia. Ésta centra su atención en el principio de igual participación política como el principal o *único* derecho a tener en cuenta en una teoría de la autoridad<sup>5</sup>, o al momento de fijar *quién* y *cómo* se decide. De esto se seguiría que un sistema político se considera democrático si los procedimientos elegidos para la toma de decisiones colectivas respetan el principio de igual participación al dar igual voz a cada miembro de la comunidad o, como es reconstruido por Dworkin en *Freedom's Law*, el principio de igual participación establecería la exigencia de igualdad de impacto político, es decir, que al momento de tomarse una decisión la opinión que se haya formado cada ciudadano acerca del asunto a decidir debe tener el mismo impacto que la de los demás. La democracia asociativa defendida por Dworkin, por el contrario, considera que la igualdad de impacto no tiene por sí misma ningún valor. En algunas ocasiones el principio de igual consideración exigirá la igualdad de impacto, pero en otras puede no hacerlo.

La pregunta que surge es cuándo y cómo es posible asignarle mayor peso político a las decisiones de algunos ciudadanos –es decir, romper la igualdad de impacto-, sin considerar esta medida como antidemocrática. Para comenzar, Dworkin establece como regla general que toda desigualdad de impacto político es equivocada y antidemocrática a menos que reúna dos requisitos: 1) “no debe mostrar o suponer que algunas personas nacieron para gobernar a otros” y 2) “debe ser posible suponer que los arreglos constitucionales que crean la diferencia de impacto mejoran la legitimidad de la comunidad” (Dworkin, 2011: 392).

Así, por ejemplo, la democracia representativa está justificada no sólo por la imposibilidad de implantar una democracia directa en comunidades de cierto tamaño. El hecho de que la pérdida de poder político que significa la asignación de mayor impacto a las decisiones de los representantes sea general, aplicada a todos los ciudadanos sin que se haga por “razones que traten su vida [la vida de los ciudadanos que han visto reducido su impacto político] como si mereciera menor consideración o sus opiniones como si no merecieran respeto” (Dworkin, 2011: 388), hace que el primero de los requisitos exigidos por el *test de democraticidad* ideado por Dworkin, se cumpla. Asumiendo como plausible que “funcionarios elegidos, más que una asamblea popular, están en mejor capacidad de proteger los derechos individuales de los ciudadanos de peligrosos cambios en la opinión popular, no puede existir un requisito democrático en general que exija que asuntos fundamentales sean sometidos a referendo” (Dworkin, 2011: 394), lo que haría que también el segundo requisito estuviera satisfecho.

¿Cómo podemos evaluar el control de constitucionalidad a la luz del principio de igual consideración y respeto? Si el control de constitucionalidad crea una disparidad de impacto político infinitamente mayor que aquella que produce el

---

<sup>5</sup> Sobre la distinción entre teorías de la autoridad y teorías de la justicia, véase Waldron (1999: 3, 102, 245).

gobierno representativo, ¿cómo podemos decir que es una institución acorde con la democracia asociativa?

Al aplicar los criterios de democraticidad expuestos, Dworkin llega a la conclusión de que la primera condición estaría superada pues “no hay en juego una discriminación por nacimiento o riqueza” (Dworkin, 2011: 396). Quedaría entonces la segunda: la revisión judicial de las leyes tendría que hacer al sistema político, en su conjunto, más legítimo.

Aquí esperaríamos encontrar una defensa directa de la capacidad de los jueces para razonar con base en principios (el principal argumento esgrimido por Dworkin). Sin embargo, el primer argumento que nos ofrece el autor norteamericano es uno más cercano a la concepción mayoritaria que a la asociativa: Dworkin comienza su argumentación alegando que al momento de elegir las vacantes en la Corte Suprema de los Estados Unidos hay mayor debate en los medios que aquel que se da al momento de elegir un representante que ocupa un escaño en la Cámara de Representantes. A pesar de que el impacto que cada ciudadano tiene en la elección de un representante es ínfimo, no deja de ser sorprendente que se considere más legítima la elección de un juez que ha sido nominado por el presidente, que aquella que es producto de una campaña electoral en la que la última palabra la tienen los ciudadanos.<sup>6</sup>

El segundo argumento es aún más problemático. Dworkin trata de sustentar la legitimidad del control de constitucionalidad en el hecho de que, en general, no se pueda considerar éste más lesivo para la igualdad política que los poderes que tienen el presidente de los Estados Unidos o el presidente de la Reserva Federal (Dworkin, 2011: 397)<sup>7</sup>. Este argumento tendría algún peso si los defensores de la democracia procedural fueran al mismo tiempo defensores del presidencialismo o de los poderes conferidos a los bancos centrales. Sin embargo, es fácil pensar (de hecho, sería bastante consecuente) en un crítico del control de constitucionalidad que también lo sea del presidencialismo o que advierta sobre los peligros democráticos que encierra el poder conferido a la Reserva Federal.

Dworkin reconoce la debilidad de estos argumentos e insiste: “Cualquier defensa del control de constitucionalidad debe tomar otra forma: debe sostener que la revisión judicial de las leyes mejora en general la legitimidad al hacer más probable que la comunidad establezca y haga cumplir alguna adecuada concepción de la libertad negativa y una equitativa distribución de recursos y oportunidades, así como una adecuada concepción de la libertad positiva” (Dworkin, 2011: 398).

En *Justice for Hedgehogs* Dworkin cierra de manera apresurada el capítulo 18 –en donde se desarrollaba la argumentación que veníamos exponiendo- sin

<sup>6</sup> Es de cierta manera contradictorio que algunos constitucionalistas tengan en tan poca estima las instituciones representativas por darle tan poco peso a la opinión de los ciudadanos -llegando a decir que “la idea de igual poder político es un mito” (Dworkin, 2006a: 142)-, pero que no dudan, al estudiar la justicia constitucional, en mostrar el valor democrático de esta institución basándose en la influencia de los ciudadanos en la elección de los jueces que conforman las cortes y tribunales constitucionales, así como el peso que esta misma opinión ejercería en las decisiones de estos órganos. Vale aquí la crítica de Bayón (2004: 41) quien afirmar que “defender la justicia constitucional de esa manera es como saltar de la sartén para caer en el fuego: porque si se parte de que la mayoría amenaza sistemáticamente los derechos, no se entiende cómo el peligro podría ser conjurado por los jueces constitucionales si realmente es cierto que a medio plazo estos tienden a alinearse con el punto de vista de aquélla. Sencillamente, uno no puede servirse de ambos argumentos a la vez”.

<sup>7</sup> Una asunción similar, pero llevada un poco más lejos, es la hecha por Eisgruber (2002: 43; 2001: 65) quien llega incluso a afirmar que “la justicia constitucional puede defenderse de manera similar a como es defendida la Reserva Federal”.

darnos esas razones que lograrían mostrar cómo el control de constitucionalidad haría más legítimo un sistema político en general. Sin embargo, a lo largo de sus obras tenemos una exposición bastante clara de cuáles serían estos argumentos.

## 2. De los límites al poder de las mayorías

La concepción asociativa de la democracia cabe dentro de las denominadas por Ferrajoli *definiciones sustantivas de la democracia* en contraposición a las *formales o procedimentales* (Ferrajoli, 2011b: 9-11). Es sustantiva pues exige, para poder considerar a un sistema político como democrático, tener en cuenta no sólo los procedimientos que lo integran sino también que las decisiones producidas a través de estos procedimientos traten con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos. La democracia así definida demanda entonces la fijación de límites sobre aquello que es lícito decidir y el establecimiento de aquellos procedimientos que mejor protejan los derechos que constituyen dichos límites. Si en determinados casos el someter ciertas decisiones al control de los jueces protege de mejor manera los derechos, dicho mecanismo, insiste Dworkin, no puede ser considerado antidemocrático (Dworkin, 1996: 17)<sup>8</sup>.

Podemos decir entonces que la democracia constitucional o asociativa exige respetar el derecho de participación política (y por esto se establece como norma general la regla de la mayoría), así como los derechos de autonomía que se desprenden también del principio de igual consideración y del principio de responsabilidad. Así mismo, considera que en caso de que un procedimiento diferente al mayoritario proteja de mejor manera los derechos individuales, este procedimiento debe ser implementado. La consecuencia de esto, en la visión dworkiniana (pero también del constitucionalismo en general), es la necesidad de implementar mecanismos que permitan a los jueces declarar inconstitucionales aquellas normas que vayan en contra de los derechos protegidos por la constitución.

Pero incluso si asumimos una concepción asociativa de la democracia, el control de constitucionalidad no quedaría automáticamente justificado por el sólo hecho de haber sido establecido con el objetivo de proteger los derechos y libertades ciudadanas. Es necesario explicar cómo el arreglo constitucional consistente en atribuir a un grupo de jueces la capacidad de dejar sin fuerza una decisión tomada por la mayoría de los miembros del órgano representativo mejora la legitimidad del sistema en su conjunto.

## 3. Por qué los jueces protegen mejor los derechos

A esta última pregunta responde Dworkin refiriéndose al aislamiento de los jueces y su capacidad de decidir con base en principios. En efecto, Dworkin argumenta que las instituciones representativas son más vulnerables a presiones de personas o grupos que no asumen una tarea interpretativa al enfrentarse a los principios políticos y morales insertos en la constitución; sus decisiones son más susceptibles de ser tomadas con base en intereses personales que no tienen en cuenta ni los principios constitucionales, ni la idea de democracia como empresa

---

<sup>8</sup> En *Justice in Robes* Dworkin (2006b: 133-134) establece tres requisitos que debe cumplir todo sistema democrático: 1) todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de jugar igual papel en la vida política. Deben tener igual voz en la deliberación pública formal, y en las discusiones morales informales; 2) todos deben tener, como individuos, igual parte en el gobierno. Es decir, los intereses de cada uno deben ser tenidos en cuenta en la misma medida al determinar cuál es el interés colectivo; 3) a cada individuo se le debe garantizar una esfera privada en la cual sea libre de tomar aquellas decisiones vitales de carácter ético o religioso de manera autónoma, respondiendo a su propia conciencia y juicio y no al de la mayoría.

común en la que se debe tratar a cada ciudadano como un miembro de igual derecho: "los legisladores –dice Dworkin (1996: 34)- son vulnerables a presiones políticas de diverso tipo, tanto financieras como políticas, razón por la cual una asamblea no es la forma más segura de proteger a grupos políticamente impopulares"<sup>9</sup>.

Los jueces, contrario a los representantes, están de cierta manera aislados y dada su independencia de las presiones particulares y su desvinculación de la política partidista y mayoritaria, pueden tomar decisiones basadas en principios, articulando de mejor manera los valores insertos en la constitución y haciendo valer los derechos de las minorías que son incapaces de defenderlos en los órganos representativos. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes tendría además la virtud de permear todo el sistema, haciendo que la discusión basada en principios llegue a los demás centros de decisión política del Estado (Dworkin, 1981: 516 ss.).

La teoría dworkiniana defiende entonces que aquellas decisiones que implican definir cuál es el contenido de la democracia sean tomadas bajo circunstancias en las que haya cierta independencia de las presiones propias del mundo político; que se permita una deliberación basada en principios y en donde se busque dar la *mejor versión* del material constitucional existente<sup>10</sup>.

Esta afirmación lleva implícitas tres tesis que soportan el planteamiento dworkiniano. La primera defendería una visión pesimista del hombre promedio, según la cual los ciudadanos al momento de tomar decisiones políticas (al votar o al unirse para protestar o crear un grupo de presión) no piensa más que en sus propios intereses sin preguntarse cuáles son los derechos de los demás<sup>11</sup>. La segunda defendería el (relativo) aislamiento político como condición necesaria para tomar decisiones *correctas* acerca de ciertos asuntos que afectan con particular fuerza los derechos constitucionales. La tercera defendería el valor del razonamiento jurídico-moral ejercido por los jueces como el mecanismo adecuado para desentrañar el contenido de nuestros derechos.

Las tres tesis están fuertemente unidas en el planteamiento de Dworkin y se soportan recíprocamente. Por ejemplo, el valor de la independencia judicial se encontraría precisamente en su capacidad de hacer de los jueces un tipo especial de actor político. Si es necesario tomar una decisión en la que se contraponen los intereses de la mayoría a los derechos de una minoría, los jueces, al estar aislados, se encontrarían en una mejor posición para decidir, toda vez que no tendrían un interés personal en el asunto (Dworkin, 1977: 85). Es decir, los ciudadanos, las mayorías y sus representantes, dominados como se encuentran por sus propios intereses, tienen especiales dificultades para tomar decisiones correctas cuando se

<sup>9</sup> Dworkin llega incluso a afirmar que "en algunas circunstancias, como he sugerido, ciudadanos individualmente considerados pueden ser capaces de ejercitar las responsabilidades morales propias de la ciudadanía de mejor manera cuando las decisiones finales son removidas de la política ordinaria y asignadas a las cortes, cuyas decisiones se espera sean tomadas basadas en principios, no en el peso de los números o en el balance de la influencia política" (Dworkin, 1996: 30). Una visión similar –y más dura- de las capacidades de los ciudadanos y sus representantes es defendida por Eisgruber (2001: 50 ss.) quien diferencia entre "el pueblo" y "el electorado", afirmando que este último – compuesto por votantes, en vez de personas o ciudadanos- "tiene pocos incentivos para reflexionar de manera cuidadosa acerca de en qué lugar termina la moral y comienza el propio interés".

<sup>10</sup> Los mayoritaristas se han opuesto tanto a la afirmación de que los jueces son independientes (Tushnet, 1999: 152 ss), como a los beneficios que traerían los mecanismos de decisión propios de la justicia constitucional (Waldron, 2009a; 2009b; Sadurski, 2009).

<sup>11</sup> Esta es la denominada por Waldron *visión benthamiana de la política*, criticada en Waldron (1990).

ven afectados los derechos de las minorías. Aquí se ve cómo la primera y la segunda tesis trabajan unidas.

La tercera tesis refuerza también esta visión. Cuando se presenta un asunto de relevancia constitucional ante los jueces, la ciudadanía se encuentra dividida sobre cuál es la solución que se le debe dar al caso, sobre quién tiene razón: la mayoría que defiende sus intereses (siempre siguiendo la forma en que Dworkin entiende los conflictos sociales) o la minoría que defiende sus derechos. Los jueces, además de su independencia, tienen la ventaja de ser expertos en cuestiones jurídicas, más aún, son expertos en razonar con base en principios más que en políticas. Esto nos debería hacer más proclives a aceptar su posición en el sistema político, en la cual son ellos la última voz en pronunciarse.

Claro que después de todo este recorrido nos encontramos con la decepcionante evidencia de que, una vez llegan las disputas a la justicia constitucional, la misma división que vimos en la sociedad la encontramos en los jueces. A pesar de su carácter de expertos, ellos tampoco tienen claro si en los casos que se les presentan, son las mayorías o las minorías las que tienen razón. Divididos, se ven obligados a decidir, de nuevo, por mayoría. El consuelo, nos dirá Dworkin, es que es más probable que la mayoría de los jueces haya tomado una mejor decisión que la mayoría de los ciudadanos o sus representantes.

## Bibliografía

- BAYÓN, J.C. (2004), "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", Artículo presentado en el Seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, pp. 1-80.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1981), "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, Núm. 56, pp. 468-518.
- DWORKIN, R. (1996), *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Oxford University Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (2006), *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*, Princeton University Press, Princeton.
- DWORKIN, R. (2006), *Justice in robes*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- EISGRUBER, C. (2001), *Constitutional Self-government*, Harvard University Press, Cambridge.
- EISGRUBER, C. (2002), "Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6, pp. 35 - 47.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. I., Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II., Trotta, Madrid.
- PAZÉ, V. (2013), *En nombre del pueblo. El problema democrático*, Marcial Pons, Madrid.
- SADURSKI, W. (2009), "Rights and moral reasoning: An unstated assumption — A comment on Jeremy Waldron's 'Judges as moral reasoners'", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 25-45.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, Princeton.

- WALDRON, J. (1990), "Rights and majorities: Rousseau revisited", *Nomos XXXII: Majorities and Minorities* (New York: New York University Press, 1990), pp. 44-75.
- WALDRON, J. (1999), *Law and disagreement*, Oxford University Press, Oxford.
- WALDRON, J. (2009), "Judges as moral reasoners", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 2-24.
- WALDRON, J. (2009), "Refining the question about judges' moral capacity", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 69-82.
- WALDRON, J. (2013), "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 377, disponible en: [http://lsr.nellco.org/nyu\\_pltwp/377](http://lsr.nellco.org/nyu_pltwp/377). Revisado el 20 de septiembre de 2013.



R  
I  
N  
C  
Ó  
N

## Notas

### Ronald Dworkin: En defensa de la comunidad liberal

David García García

Universidad Carlos III de Madrid

[davidgarciagarcia88@hotmail.com](mailto:davidgarciagarcia88@hotmail.com)

#### Resumen

En esta comunicación se comprendían las principales ideas que R. Dworkin aportó sobre la relación comunidad-individuo. El trabajo comienza con una visión general de los puntos de discordia más importantes mantenidos en la polémica liberal-comunitarista, para a continuación definir la posición de Dworkin en el mismo, y exponer su concepción del liberalismo como una concepción política que *insiste en que la libertad, la igualdad y la comunidad* son aspectos complementarios. Explicaré para ello su teoría de la integración del individuo en la comunidad.

369

#### Palabras clave

Ética, moral, liberalismo, comunitarismo, neutralidad.

### Ronald Dworkin. In defence of a liberal community

#### Abstract

This communication summarizes the main ideas that R. Dworkin brought about the community-individual relationship. The work begins with an overview of the major points of discussion in the liberal-communitarian controversy in order to define the position of Dworkin in it, and also to present his conception of liberalism as a political conception which insists that freedom, equality and community are complementary aspects. For this purpose I will explain his theory of integration.

#### Keywords

Ethic, moral, liberalism, communitarianism, neutrality.

Presento a estas Jornadas sobre el “Legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho” una comunicación acerca de la participación del autor norteamericano en la llamada polémica liberal-comunitarista, en la cual intervinieron buena parte de los filósofos políticos y morales más reconocidos durante la década de los años 70 y 80.

Como es bien sabido, la publicación de la *Teoría de la Justicia* de John Rawls en 1971 marcó el camino por el cual caminaría la filosofía política en adelante. La expresión de Nozick a este respecto es ilustrativa: “Ahora los filósofos políticos tienen que trabajar según la teoría de Rawls, o bien, explicar por qué no lo hacen” (Nozick, 1988: 183). Y en este sentido Rawls marcó el inicio del debate que aquí nos ocupa. Su obra fue el blanco de una serie de críticas iniciadas por Michael J. Sandel (Sandel, 2000) y continuadas por autores como Alasdair MacIntyre o Charles Taylor, que han recibido el calificativo de comunitaristas. Su objetivo principal era mostrar las insuficiencias de la fundamentación del liberalismo, resaltando lo que a su juicio era una defectuosa concepción de la persona y de la influencia que tiene la comunidad en el individuo.

El objetivo de este texto es analizar por qué la fundamentación de la propuesta liberal de Ronald Dworkin inicia un novedoso punto de vista respecto del papel que debe jugar la comunidad en la fundamentación del liberalismo (Ferrara, 1994), en la medida en que su teoría de la *integración* asume algunas de las deficiencias que el comunitarismo resaltaba respecto del liberalismo rawlsiano. Y cómo, a pesar de separarse en algunos puntos clave de la propuesta rawlsiana, fundamenta la neutralidad del estado, es decir, la ausencia de legitimidad de la comunidad para imponer su moral a través del derecho a todos los miembros de la misma.

## 1. Doble plano del debate

370

El primer paso consistirá en entender cuáles fueron las críticas<sup>1</sup> que los comunitaristas realizaron sobre la teoría de Rawls. A tal efecto, conviene seguir el análisis que realizó Charles Taylor (1993) del debate liberal-comunitarista, a partir del cual constata un enfrentamiento entre ambas concepciones en un doble plano: ontológico y de promoción.

El plano ontológico haría referencia a los factores últimos que explican la vida social, en el cual las opciones puestas en liza son el atomismo y el holismo, es decir, la prioridad del individuo sobre la sociedad y viceversa, mantenidas por el liberalismo y el comunitarismo respectivamente. En este punto, los comunitaristas critican la concepción de la persona que la justicia como equidad incorpora en la posición original. A sus ojos, John Rawls configura un individuo abstracto y descarnado, que es capaz de tomar distancia respecto de sus fines y tiene la capacidad de “elaborar y revisar” libremente sus propias concepciones sobre el modo en que deben orientar sus vidas. Dicha concepción concebiría erróneamente la relación existente entre el individuo y comunidad, pues ignora la importancia de la matriz social, hasta qué punto es la comunidad la que configura la identidad de las personas, el sustrato sobre el cual poder valorar y desarrollar una concepción del bien. De esta manera se expresan Michael Sandel: “una noción del “yo” tan independiente como ésta descarta todo concepción del bien (o del mal) limitada por la posesión en el sentido constitutivo. Elimina la posibilidad de cualquier lazo capaz de llegar más allá de nuestros valores y sentimientos para comprometer nuestra

<sup>1</sup> Debo apuntar que las críticas son mayores en número y más profundas de lo que la extensión de una comunicación permite. Planteo únicamente un marco que dé cabida a las más fundamentales. Para el desarrollo profundo de las mismas puede consultarse la obra de Stephen Mulhall y Adam Swift (1996) o María Leonor Suárez Llanos (2001).

misma identidad" (Sandel, 2000: 86), Charles Taylor: "El yo sólo existe dentro de lo que denomino la urdimbre de la interlocución. Es esta situación original la que proporciona sentido a nuestro concepto de identidad" (Taylor, 1996: 64) y Alasdair MacIntyre: "Porque la historia de mi vida está siempre embebida en la de aquellas comunidades de las que derivo mi identidad. He nacido con un pasado, e intentar desgajarme de ese pasado a la manera individualista es deformar mis relaciones presentes" (Macintyre, 2013: 272).

Por último, argumentan que si se deja en manos del individuo la elección de su propia concepción del bien de una manera independiente, sin limitaciones previas o vínculos constitutivos que configuren y determinen su identidad, el resultado será una opción arbitraria, una mera expresión de preferencias sin base alguna que cualifique el valor de las cosas, reduciendo la moral a algo meramente subjetivo.

El plano de la promoción en cambio se refiere a las posiciones morales y políticas que cada corriente defiende. Aquí el liberalismo apuesta por el individualismo, es decir, propugna una separación entre el plano personal y el político. En el ámbito privado los individuos pueden escoger la concepción del bien con plena autonomía, pero al introducirse en la esfera pública deben dejar de lado tales convicciones privadas y mostrarse imparciales en el trato con los demás. Por ello en el plano político hay que establecer una serie de principios de justicia que reflejen ese trato, de los cuales se deriva la neutralidad en la esfera política. Lo correcto, por lo tanto, se define con independencia de lo bueno.

El comunitarismo, por su parte, destaca que el compromiso que el liberalismo asume con el concepto de persona que antes veíamos, basado en la autonomía, impide reconocer el carácter neutral que el liberalismo se autoimpone. Pero en todo caso, se plantea la siguiente pregunta ¿por qué hemos de excluir de la política razones morales de "ámbito privado"? La tolerancia liberal debilita a la comunidad, parte fundamental en la construcción de la identidad individual. Por lo tanto debe rechazarse y promoverse una concepción del bien que mantenga los resortes de la comunidad. De esta manera, argumenta en favor de una imbricación entre lo correcto (los principios de justicia) y lo bueno.

## 2. La estrategia de la continuidad

Dworkin conoce el debate que hemos retratado y focaliza muy claramente cuál es la deficiencia que presenta el liberalismo rawlsiano. Para exponerla diferencia dos estrategias posibles de fundamentar el liberalismo: la estrategia de la continuidad y la de la discontinuidad entre la ética y la política. La estrategia de la discontinuidad –la cual seguiría Rawls– separa la perspectiva personal, aquella en la que tomamos decisiones acerca de nuestra propia vida, de la perspectiva política, en la que tomamos decisiones colectivas que afectan al conjunto de la comunidad política. Rawls argumenta la posibilidad de un diferente comportamiento entre ambas concibiendo la segunda como algo meramente artificial, una construcción social. El problema, señala Dworkin, se encuentra en que esta estrategia carece de fuerza categórica para exigir del individuo esa doble perspectiva, personal y política. Al separar la moral pública y la moral privada se deja al individuo sin buenas razones para *poner entre paréntesis* sus propias convicciones sobre la buena vida cuando actúa políticamente.

Para Dworkin la estrategia de la discontinuidad convierte la perspectiva política en una perspectiva austera y gris. Caracterizada por el distanciamiento y la imparcialidad, es decir, todo lo que no es la perspectiva personal, en la que estamos comprometidos y vinculados, rasgos que consideramos "humanos y adecuados"

(Dworkin, 1993: 56). Llega a afirmar que el liberalismo parece una política de la esquizofrenia ética y moral, que exige que nos convirtamos en personas distintas al acceder a la esfera pública. El autor norteamericano reconoce que esta crítica también se encuentra entre los comunitaristas: “este vivo contraste entre las perspectiva personal de nuestros ideales éticos, una perspectiva parcial, comprometida y apasionada, y la perspectiva política liberal, austera, neutral y fría, ha atraído la atención de un grupo de críticos filosóficos del liberalismo, algunos de los cuales se llaman a sí mismos comunitaristas” (Dworkin, 1993: 57). Pero se aleja de sus soluciones porque recurren a su juicio a planteamientos *confusos* y *arcanos* “sobre la epistemología y los misterios de la identidad personal”.

Dworkin rechaza por tanto los argumentos sobre la identidad a los cuales hacíamos referencia anteriormente en el plano ontológico. Y lo que hace es concentrar las posibles críticas al liberalismo en la *errónea* estrategia de la discontinuidad, en el “aparente conflicto entre las tesis políticas más fundamentales del liberalismo acerca de la igualdad, los derechos y la tolerancia, de un lado, y nuestras convicciones personales más poderosas acerca del carácter de una vida que mereciera la pena, de otro [...] entre la política liberal y la ética cotidiana” (Dworkin, 1993: 57). La defensa del liberalismo, según Dworkin, debe pasar por una reconciliación de las dos perspectivas, la personal y la política, debemos “hallar razones que puedan tener personas comprometidas y partidarias en sus vidas privadas para adoptar una perspectiva política tan neutral y austera como la del liberalismo” (Dworkin, 1993: 65). Y para ello, la ética debe tomar parte en la fundamentación del liberalismo como teoría política. La perspectiva política liberal tiene que encajar con una descripción aceptable de cómo la gente debería actuar en sus vidas privadas. Al menos, el liberalismo no debe enfrentarse con nuestras convicciones éticas y “será más convincente si, además, puede entenderse como si derivara de ellas” (Dworkin, 1993: 54). Dworkin, por tanto, asume la estrategia de la continuidad entre la ética y la política para fundamentar el liberalismo.

372

### 3. El modelo del desafío

La ética que Dworkin encuentra en las raíces del liberalismo y sobre la que construye su igualdad liberal será la ética del desafío, definida como aquella que “sostiene que el valor de una buena vida radica en el valor inherente a un vivir diestramente realizado” (Dworkin, 1993: 112). Sorprende en este sentido la abstracción con la que Dworkin define su modelo, pero también la reducción que asume respecto de los modelos de valor de una vida. Únicamente contrapone al modelo del desafío el modelo que denomina del impacto, que sería aquel que sostiene que el valor de una buena vida consiste en su producto final, esto es, en sus consecuencias para el resto del mundo. Pero en todo caso nos interesa saber cómo responde Dworkin a través de la ética del desafío a las cuestiones que entrañaba el plano ontológico.

#### *Plano ontológico*

Respecto a la concepción de la persona, dado que Dworkin descarta la fundamentación del liberalismo bajo la fórmula de un contrato hipotético, no pueden achacársele directamente las deficiencias que los comunitaristas atribuían a la posición original. Sin embargo, Dworkin profundiza sobre algunos aspectos relacionados con la temática comunitaria en el plano ontológico, lo que puede explicarse como un intento de evitar las críticas que recibió Rawls en este punto y conseguir fundamentar un liberalismo que introduzca a la comunidad como un elemento de peso.

Así, en referencia a la relación del individuo con sus fines, la igualdad liberal no parte del supuesto de que la gente *elige* sus creencias éticas sino que reconoce la importancia de la matriz social: las “convicciones éticas están socialmente condicionadas y restringidas” (Dworkin, 1993: 109). La ética del desafío, por tanto, no sólo implica la elección sino también la reflexión por parte del agente moral. Reflexión acerca de las limitaciones y parámetros que informan la propia situación del individuo. La reflexión es un elemento que aparece también en las obras de autores comunitaristas, así ocurre en MacIntyre cuando señala “soy el hijo o la hija de alguien, el primo o el tío; soy un ciudadano de esta ciudad o de tal otra [...] Por tanto, bueno para mí tendrá que ser lo que sea para quien desempeñe esos papeles” (Macintyre, 2013: 271) o Taylor y su concepción del hombre como un animal que se autointerpreta a través de un marco de referencia que le confiere la comunidad. Sin embargo, la propuesta de Dworkin es más compleja, la reflexión no se limita a descubrir histórica o narrativamente el papel que me está encomendado representar. El contexto, la cultura, hace que “muchas discriminaciones (entre parámetros y limitaciones) que necesitamos sean automáticas” (Dworkin, 1993: 131), pero podemos revisar las discriminaciones que de esta manera hemos realizado. Así es como Dworkin funde reflexión y crítica. Lo que hace el individuo es reflexionar sobre sus parámetros y limitaciones, y elige basándose en dicha reflexión. Mientras que la reflexión comunitarista tiende a conducirnos hacia un papel, hacia una determinada concepción de la vida buena para nosotros, de tal manera que puede concebirse el sustrato comunitario como una limitación, Dworkin trata los vínculos biológicos, sociales y nacionales, aquellos que vienen de nacimiento o en los que es introducido, como parámetros.

Este papel central que asigna Dworkin al juicio reflexivo se proyecta sobre otro punto, la objetividad del valor ético. La respuesta a este punto es compleja pues el modelo del desafío caracteriza al valor ético como constitutivo y ‘ubicado’, contextualizado. Esto quiere decir, por un lado, que lo que otorga valor a una vida es que el sujeto lo reconozca como valioso y, por otro, que el valor ético no tiene un valor trascendente, es decir, el mismo en todo tiempo y lugar, sino que “parece innegable que vivir bien [...] significa entre otras cosas vivir de manera sensible y apropiada a la propia cultura y a las propias circunstancias” (Dworkin, 1993: 124). Por lo tanto, podemos preguntarnos si el modelo del desafío, al ubicar la reflexión y conceder la capacidad de elección al sujeto moral, no abre la puerta al subjetivismo moral. Pues bien, Dworkin rechaza abiertamente esta posibilidad. El que haya que hacer referencia al contexto, a las circunstancias concretas de un sujeto, no impide a Dworkin hablar de una respuesta correcta y, por ello, de que el individuo yerre a la hora de enfrentarse al reto ético en el marco de sus propias circunstancias, pues el contexto plantea exigencias categóricas respecto al reto de vivir. Ahora bien, cual haya de ser concretamente dicha respuesta correcta es una cuestión ulterior que el modelo del desafío no puede dar por el nivel de abstracción que alcanza.

La aportación más genuina que realiza Ronald Dworkin respecto de la relación individuo-comunidad es su concepción del *liberal integrado*. A través de la integración el autor da sustancia al contenido comunitario que pretende introducir en su teoría cuando señala: “El liberalismo es especial y es interesante porque insiste en que la libertad, la igualdad y la comunidad no son tres virtudes políticas distintas y –a menudo- en mutuo conflicto [...] sino aspectos complementarios de una única concepción política, de modo que no podemos garantizar, o entender siquiera, uno de esos tres ideales políticos independientemente uno de los demás” (Dworkin, 1993: 45). Para ello, en su obra *El imperio de la justicia*, el autor norteamericano desarrolla toda una teoría de las obligaciones asociativas, es decir, “obligaciones por el solo hecho de pertenecer a grupos definidos por la práctica social” (Dworkin, 1988: 145), que se encuentran por tanto más allá del consentimiento. Y concluye

que la comunidad política puede llegar a generar obligaciones de este tipo. Eso sí, siempre y cuando que la práctica social desarrolle ciertas actitudes de los integrantes respecto a dichas obligaciones: a) reciprocidad, b) ser consideradas como especiales, c) personales, d) proceder de una responsabilidad más general de preocupación por el bienestar de otros miembros del grupo, y e) representar un igual interés por todos los miembros. Si se cumplen estas condiciones, las personas que pertenecen a la comunidad tendrán las obligaciones que recoge la práctica social, “las quieran o no” (Dworkin, 1988: 154).

La integración supone que el bienestar de la comunidad, que los requisitos de justicia, se introducen como un parámetro normativo del valor de la vida de un individuo. De esta manera, la comunidad pasa a jugar un papel importante en nuestro bienestar ético. El ciudadano integrado no separará su vida privada de su vida pública y considerará que su vida habrá desmejorado si vive en una comunidad injusta (Dworkin, 1996: 178).

De este modo, para algunos aspectos el agente moral no será el propio individuo sino la comunidad a la que pertenece. Ello no quiere decir que la comunidad sea anterior o superior al individuo, “la comunidad no posee una existencia metafísica independiente” (Dworkin, 1988: 128) como sugieren los comunitaristas, se trata más bien de una ‘personificación’. ¿Cuándo será la comunidad un agente moral? Únicamente en aquellas acciones que formen parte de la vida comunal de la comunidad política. Dworkin dedica su artículo “La comunidad liberal” a este aspecto concreto. En él descarta una tesis fuerte de la integración, porque reflejaría una mala comprensión de lo que debe ser el carácter de la vida comunal (Dworkin, 1996: 162). La vida comunal no se enfrenta a los mismos retos que una persona, sino que tiene unos límites marcados por las prácticas. Es la práctica social la que debe configurar a la comunidad como el agente moral, y para ello, sus actos deben caracterizarse por ser colectivos y concertados. De este modo, Dworkin concluye que la vida de la comunidad política debe agotarse en sus actos políticos: legislación, adjudicación, coacción, y otras funciones ejecutivas de gobierno (Dworkin, 1996: 176), pero desde luego ésta no se prolonga a la vida privada de sus integrantes.

374

Esta fusión entre el bienestar de una persona y la moral política, es decir, la introducción de la justicia de una comunidad política en la ética, es el núcleo de la tesis dworkiniana sobre la comunidad.

#### *Plano de promoción*

Como hemos visto desde el principio de la comunicación, Dworkin rechazaba la fundamentación de la neutralidad que proponía John Rawls. Ello no quiere decir que esté en contra de la misma, únicamente que utiliza una estrategia de fundamentación diferente. La neutralidad no se impone como un axioma<sup>2</sup> del liberalismo sino como un teorema derivado de la ética del desafío. ¿Cómo la argumenta Dworkin entonces? A través de la tesis de la integración. Como hemos señalado, la ética del desafío introduce la justicia como un parámetro normativo, es decir, como un parámetro que define el reto al que la gente *debería* enfrentarse o, de lo contrario, su vida sería éticamente peor. De este modo, “una buena vida es una vida adecuada a las circunstancias en las que los recursos están distribuidos de una forma justa” (Dworkin, 1993: 136). Si la ética del desafío introduce los requisitos

<sup>2</sup> Dworkin admite una evolución en su pensamiento respecto a la neutralidad, desde sus primeros planteamientos hasta que desarrolla su teoría de la integración. (Dworkin, 1993:45, nota a pie de página núm. 2).

R  
I  
N  
C  
O  
N

de justicia como un parámetro de la buena vida y la justicia nos exige igualdad de circunstancias y recursos entre las personas, las circunstancias son desiguales cuando desde el Estado se prohíbe a alguien que lleve la vida que piensa que es la mejor. La tolerancia, por tanto, se impone como idea principal de la igualdad liberal, exigiendo que el gobierno sea neutral éticamente: "No debe prohibir o premiar actividad privada alguna basándose en que una clase de valores éticos substantivos, una clase de opiniones acerca de cuál sea el mejor modo de vivir, es superior o inferior a otras" (Dworkin, 1993: 95).

#### 4. Conclusión

Para concluir señalaré algunos aspectos debatibles o que no quedan suficientemente claros en la fundamentación del liberalismo de Ronald Dworkin.

En primer lugar, su intento por ofrecer *buenas razones* para la imparcialidad del individuo en el ámbito público a través de la estrategia de la continuidad, convierte la teoría de Dworkin en una teoría comprehensiva del bien y, con ello, aparece el problema de generar consenso social sobre la misma, como bien apreció Rawls (Rawls, 2004: 245-246).

En segundo lugar, respecto a la ética del desafío, ya he hecho referencia al reduccionismo que Dworkin realiza al contraponer únicamente a la ética del desafío la ética del impacto. Pero hay más, si Dworkin aprecia que el modelo del desafío captura intuiciones éticas que casi todo el mundo tiene, si esto es así, se debe en buena medida a que es un modelo formal, profundamente abstracto. Es el propio Dworkin quien formula la necesidad de la abstracción y reconoce la incapacidad de su modelo para definir qué producto es valioso o qué ejercicio ejecutado con habilidad. Pero esta carencia de cánones sobre los que valorar el comportamiento ético o sobre el que discernir entre parámetros y limitaciones, dificulta la posterior defensa de Dworkin de la existencia de una respuesta correcta, de una objetividad del valor ético.

En todo caso, Dworkin reconoce que no todo el mundo asume de hecho su modelo, de tal modo que a lo que finalmente recurre es a la razonabilidad del mismo, a que "resuelve rompecabezas y dilema de un modo que sus rivales no pueden resolver; por eso debería resultarle atractivo el modelo a la gente" (Dworkin, 1993: 192). De la razonabilidad de su modelo extrae Dworkin precisamente la esperanza de consenso que antes señalábamos como una dificultad.

Por último, y en referencia al alcance de la vida comunal de una comunidad política, su referencia a las prácticas sociales como fuente de la vida comunitaria, deja la puerta abierta a que en determinadas comunidades ésta no se quede en las actividades políticas meramente formales, fundamentalmente de gobierno, si no que vayan más allá y reconozcan actos colectivos de otra índole, como el sexual, que Dworkin llega a aceptar como posible. ¿Daría en ese caso la ética del desafío buena cuenta de las libertades que el liberalismo, y el individualismo que le acompaña, parecen defender?

#### Bibliografía

- DWORKIN, R. (1983), "El liberalismo", en HAMPSHIRE, S. (comp.), *Moral pública y moral privada*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- DWORKIN, R. (1985), *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1988), *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1993), *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona.

- DWORKIN, R. (1996), *La comunidad liberal*, Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá.
- DWORKIN, R. (2008), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona.
- FERRARA, A. (1994), “Sobre el concepto de comunidad liberal”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Núm. 3, pp. 122-142.
- SUAREZ, M.L (2001), *La teoría comunitarista y la filosofía política: Presupuestos y aspectos críticos*, Dykinson, Madrid.
- MACINTYRE, A. (2013), *Tras la virtud*, Austral, España.
- MULHALL, S. y SWIFT, A. (1996), *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid.
- RAWLS, J. (1995), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- RAWLS, J. (2004), *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- SANDEL, M. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- SUAREZ, M. (1995), “Un comunitarismo para Ronald Dworkin”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. 12, pp. 569-592.
- TAYLOR. C. (1993), “Propósitos cruzados: el debate liberal comunitarista”, en ROSENBLUM, N. (comp.), *El liberalismo y la vida moral*, Nueva Visión, Buenos Aires.
- TAYLOR. C. (1996), *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona.

## Notas

### Libertad y moralismo legal en Dworkin

Jesús Ignacio Delgado Rojas  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[jidelgadorojas@gmail.com](mailto:jidelgadorojas@gmail.com)

#### Resumen

Es innegable que seguimos reflexionando sobre la moralidad de cuestiones tan controvertidas como la homosexualidad, la prostitución o la pornografía. En el contexto socio-jurídico de Dworkin no se escatimó en atenciones sobre el tema: en 1958, lord Devlin pronunció la segunda *Conferencia Macabea* en la Academia Británica, bajo el título «La imposición de la moral». La oleada de refutaciones y el interesante debate público acaparó las atenciones de prestigiosos juristas y de la élite académica. La célebre *Comisión Wolfenden* había recomendado dejar de considerar delictivas las prácticas homosexuales entre adultos en privado libremente consentidas. Se trataba de algo más que de una mera decisión legislativa: enraizaba, más bien, con la tradición cultural de una sociedad. Hasta nuestros días, asistiendo a planteamientos similares, no parece que el debate del *moralismo legal* haya sido definitivamente superado. Lo que merece que sigamos revisando algunos puntos de la reflexión, en aras de un fecundo análisis de la ya clásica, compleja y tensa relación entre el derecho y la moral.

377

#### Palabras clave

Derecho, moral, positivismo, iusnaturalismo, ética, liberalismo, comunidad.

### Liberty and legal moralism in Dworkin

#### Abstract

It's undeniable we are still reflecting on the morality of controversial questions as homosexuality, prostitution or pornography. In the social context of Dworkin it has not gone unnoticed: in 1958 in the British Academy, lord Devlin pronounced the second *Maccabean Lecture*, under the name of "The enforcement of morals". Refutations and the controversy created around it, made renowned jurists and respected academics place great importance on this popular revulsion. The singular *Wolfenden Commission* had recommended not consider private adults homosexual acts as punishable. It wasn't just only a legislative decision but also the reflection on the society of a cultural tradition. Even today seems that the debate of *legal moralism* hasn't been definitively overcome. In the interest of going in depth through the complex and tense connection between the law and the moral, it would be advisable to revise some of those points.

#### Keywords

Law, moral, positivism, natural law, ethic, liberalism, community.

“¿Es suficiente el rechazo público para que convirtamos un acto en delito?” (Dworkin, 1984: 347). Con interrogantes como este comienzan algunos de los ensayos del profesor estadounidense Ronald Dworkin que abordan el tema del “moralismo legal”<sup>1</sup>. El propósito del presente trabajo no es seguir reflexionando sobre la sempiterna polémica entre el Derecho y la Moral, sino realizar un somero repaso a la configuración que hace Dworkin del moralismo, su cabida (o no) en las sociedades modernas y su planteamiento a través de los paradigmas de la filosofía moral y política dworkiniana.

Es ineludible en esta tarea intentar esbozar, al menos, el marco iusfilosófico en el que se sitúan las tesis de Dworkin al respecto, pues seguramente éstas serían ininteligibles si prescindieráramos de las causas que justificaron su elaboración y diseño. El contexto teórico en el que se libra la polémica entre liberales y comunitaristas no puede ser aquí objeto de nuestra atención, pero sí debemos detenernos en perfilar las posiciones morales y políticas que unos y otros han mantenido. En este punto el debate se plantea entre el individualismo, y su defensa de los derechos de los individuos, y el comunitarismo, donde prevalece la importancia de la comunidad sobre sus miembros. A partir de este marco general (que por simplista puede resultar vacuo), las posibilidades de abordar la tradicional discusión liberales-comunitaristas son todas diferentes. La que aquí me interesa plantear, por ilustrar mejor las posiciones que defiende Dworkin, es la del argumento que acoge la relación entre la moral y la política; es decir, el argumento que discurre por las relaciones entre los distintos proyectos privados de buen vivir, entre los distintos mundos morales, y el ámbito público, donde esos mundos confluyen y conviven.

Desde esta perspectiva, el liberalismo pugna por una separación tajante entre los ámbitos privado y público. Los individuos tendrían plena autonomía para escoger sus proyectos de buen vivir, para optar por lo que consideran una vida buena. Por su parte el Estado no puede mostrar preferencia o incentivar una determinada elección moral de sus ciudadanos. Los principios de tolerancia e igualdad vedan tal posibilidad en pro de la neutralidad liberal.

Para los autores comunitaristas, la separación de ambos mundos y esa supuesta neutralidad frente a los distintos proyectos de buen vivir son postulados muy cuestionables. Pues exigen del hombre el desdoblamiento de su personalidad, creando individuos esquizofrénicos que deben actuar diferenciadamente según su actividad se despliegue en el ámbito privado (donde juegan las posiciones morales) o público (donde se exige una rigurosa neutralidad).

El desarrollo prolífico y siempre fructífero del debate no se ha saldado sin consecuencias y como resultado ha ido legando una serie de tendencias híbridas que reconocen e incorporan a sus propuestas las principales críticas de sus oponentes, a la vez de salvar y ensalzar los puntos fuertes que las refrendan<sup>2</sup>. En

<sup>1</sup> Por ofrecer una aproximación, a los efectos que aquí nos interesan, se puede considerar que con la expresión *moralismo legal* se hace referencia a que “las normas jurídicas deben incorporar las pautas de la moralidad positiva. El hecho de que ciertas pautas morales sean asumidas y vividas en una comunidad constituye una razón suficiente para que las normas jurídicas les presten su mecánica de coacción y las impongan forzosamente. Con el moralismo legal se trata de que las leyes nos obliguen a realizar conductas morales simplemente porque de acuerdo con la opinión social general son morales” (Laporta, 1993: 48).

<sup>2</sup> Quizás el liberalismo sea acreedor de la construcción de una estructura social que posibilite la convivencia de diversas visiones morales del mundo; la neutralidad liberal ha consagrado que la tolerancia y el pluralismo aparezcan como categorías normativas ineludibles. Por su parte, el

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

esa búsqueda de posiciones eclécticas que eviten los errores cometidos por las posiciones extremas del liberalismo y del comunitarismo, encontramos nuevas teorías que (re)formulan una ética sustantiva derivada de las convicciones que cada uno de los autores considera subyacen a las visiones éticas imperantes de sus respectivas sociedades. En nuestra filosofía contemporánea, quizás sea la figura de Ronald Dworkin el principal exponente de estas sugerentes propuestas, orientadas desde la óptica liberal.

Dworkin se esfuerza así en aunar dos ideales originalmente contradictorios: la tolerancia liberal y el reforzamiento de los vínculos comunitarios. Es en el trabajo que lleva por título *La Comunidad Liberal* donde Dworkin se nos presenta entusiasmado con tesis cercanas al comunitarismo y manifiesta su propósito de desquitarle de los falsos ropajes que el liberalismo le ha endosado, así como mostrar que éste tampoco se halla tan irreconciliablemente distanciado del valor de la comunidad. Para ello el autor hace un análisis de las que considera las cuatro tesis comunitaristas más relevantes que se oponen a la idea de la tolerancia liberal: (I) la identificación de la comunidad con la mayoría; (II) el paternalismo; (III) el interés individual; y (IV) la integración. En cada una de estas reflexiones, Dworkin va progresivamente avanzando en el concepto de comunidad (hasta lograr su forma más perfecta y acabada: la comunidad liberal).

Su propósito es claro: “determinar si una ética convencional puede o no ser impuesta por medio de la ley penal” (Dworkin, 1996: 135). Y, como indicábamos, advierte Dworkin que considerará “el papel que desempeña el *concepto de comunidad* en las discusiones acerca de la imposición de la ética” (Dworkin, 1996: 135), prescindiendo de los prejuicios que al respecto se han mantenido.<sup>3</sup>

379

## 1. Identificación de la comunidad con la mayoría

Dworkin enfatiza la importancia de la libertad de elección personal y restringe el poder de la mayoría en asuntos que no le son concernientes. El profesor de *Jurisprudence* aborda este problema a la luz de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Bowers vs. Hardwick*<sup>4</sup>, decisión que declaró constitucional una ley del estado de Georgia, en la cual se tipificaba la sodomía como delito. El juez White, del tribunal juzgador, sugirió que la comunidad tiene derecho a utilizar la ley para protegerse de los ataques de la indecencia. Esto quiere decir que “la mayoría, por el simple hecho de ser mayoría, tiene derecho a imponer sus puntos de vista éticos” (Dworkin, 1996: 136). Los afectados por la ley georgiana contra la sodomía argumentaron que “el Estado no tenía ningún derecho a promulgar una legislación criminal cuando la única razón para hacerlo es que una mayoría desaprueba moralmente a aquellos a quienes la ley penaliza” (Dworkin, 2003: 506). La respuesta del juez White giraba en torno a la idea de que el derecho está constantemente fundado en nociones de moralidad y que “era legítimo que un

---

comunitarismo evidencia el complejo proceso histórico que reside en los diversos modos de convivencia social y como los sentimientos de pertenencia a la comunidad pueden ser definitorios de la propia identidad personal. Por lo que se refiere al mundo de los valores morales que conforman esas vinculaciones, “mientras los liberales priman la noción de derechos del individuo (derechos políticos y derechos privados) sobre el mundo de las creencias privatamente sostenidas por los ciudadanos, los comunitarios señalan que son, por el contrario, las creencias morales públicamente compartidas por un grupo las que habrán de convertirse en el sentido del ordenamiento político y jurídico” (Thiebaut, 1998: 40).

<sup>3</sup> “Se cree que el liberalismo, como teoría política, rechaza, o al menos desestima, el valor de la importancia de la comunidad. Se piensa también que la tolerancia liberal -que insiste en que la utilización del poder coercitivo del Estado para imponer la homogeneidad ética es un error gubernamental- debilita paulatinamente a la comunidad” (Dworkin, 1996: 136)

<sup>4</sup> 478 U.S. 186 (1986).

Estado impusiera una desventaja sobre un grupo particular a fin de expresar la condena moral de la mayoría hacia las prácticas de ese grupo, aun cuando no sirviera para otros propósitos legítimos" (Dworkin, 2003: 509).

A juicio de Dworkin la respuesta de White sólo revelaba una verdad a medias: "por supuesto que la mayoría de las leyes criminales que promulga una comunidad expresan una elección moral (...) pero convertir la sodomía adulta en un delito no sirve a los intereses independientes de la condena moral, y aquellos que denunciaron la ley argumentaron que ello no es una justificación legítima para una pena criminal" (Dworkin, 2003: 506). La decisión intentó demostrar que es lícito que "el gobierno prohíba la libertad de elección en el comportamiento sexual privado, a pesar de que no dañe directamente a nadie y siempre que la condena sea expresión de la moralidad popular" (Dworkin, 2003: 507).

Para Dworkin resulta evidente que "cada comunidad tiene un entorno ético que influye sobre los tipos de vida que pueden llevar sus miembros. Una comunidad que tolera la homosexualidad muestra un entono ético muy diferente al de la comunidad que la prohíbe" (Dworkin, 1996: 140).

El argumento contra la tolerancia liberal sostendría que cualquier decisión que tomen los representantes políticos elegidos por mayoría debe aceptarse, incluso las relativas al entorno moral, en aras del sano funcionamiento del sistema democrático. Pero para Dworkin, "no existe ninguna razón práctica para que dicho entorno deba ser definido por lo que un grupo determinado considera que es mejor" (Dworkin, 1996: 143). Esto se explica haciendo una analogía entre el contexto económico y el moral, que son aspectos *interdependientes* del mismo entorno, pues "si insistimos en que el valor de los recursos de las personas debe fijarse a partir de la interacción de elecciones individuales, y no según las decisiones colectivas de una mayoría, entonces ya habremos decidido que la mayoría no tiene derecho a decidir sobre qué tipo de vida deben llevar todos los miembros de la comunidad" (Dworkin, 1996: 144).

380

En definitiva, si damos por plausible la conexión existente entre los entornos económico y ético, ello conlleva indisolublemente a aceptar la tolerancia liberal en materia ética. Si negamos esa tolerancia, negamos la dependencia de ambos contextos.

## 2. Paternalismo

El paternalismo supone que "la coacción puede dar a las personas vidas mejores que las que ya tienen y consideran buenas" (Dworkin, 1996: 150). En esta categoría Dworkin introduce lo que para él es el matiz relevante y definitorio de esta problemática: la *confirmación* del individuo. De tal modo que no hay ninguna medida política que contribuya a elevar el valor de una vida "si no hay confirmación por parte de la persona" (Dworkin, 1996: 151).

Supongamos que alguien que quisiera llevar una vida homosexual plena (con sus vivencias públicas y privadas) decide no hacerlo por miedo al castigo. Si esa persona nunca confirma que llevando esa vida no plena (por temer la condena) es mejor o superior al bienestar que hubiera alcanzado disfrutando su homosexualidad en plenitud, nunca sabremos si su vida verdaderamente ha mejorado. Pues, al no haber confirmación, desconocemos si la elección de su tipo de vida (homosexualidad no plena) ha sido la realmente querida.

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

Pero la necesidad de confirmación también plantea ciertas dificultades. Supóngase que “el Estado despliega una combinación de limitaciones y estímulos tal que un homosexual se convierte y finalmente confirma y aprecia su conversión. ¿Ha mejorado su vida?” (Dworkin, 1996: 151). La respuesta debe abrigar condiciones y circunstancias que hagan que dicha confirmación se realice en un contexto genuino y legítimo, con restricciones que impidan hacer confirmaciones en condiciones inaceptables: “no estamos mejorando la vida de alguien si los mecanismos que utilizamos para asegurar dicho cambio disminuyen la capacidad de la persona para considerar reflexivamente los méritos críticos de su cambio. Las amenazas de castigo penal corrompen en vez de mejorar” (Dworkin, 1996: 152). En tal caso, la transformación que experimentaría una persona habría sido producto o resultado de la coacción, no del convencimiento crítico y autónomo de buscar el bienestar personal.

Cualquier tipo de paternalismo se revela inútil a la hora de intentar incrementar el valor de la vida de los ciudadanos si no es contando con la confirmación libre y querida que haga la persona respecto de la bondad de las acciones que se le plantean ante sí.

### 3. Interés individual

Dworkin parte de la idea de que “las personas necesitan de las comunidades y de que la vida social es natural y esencial para los seres humanos” (Dworkin, 1996: 153). Para ello el profesor de Oxford retoma la bien conocida crítica que lord Devlin realizó al informe Wolfenden<sup>5</sup> (que recomendaba la desaparición de las leyes contra la homosexualidad en Gran Bretaña). Devlin ligaba la supervivencia de una sociedad al respaldo que le otorga la *homogeneidad moral*: “existe, por ejemplo, una aversión general a la homosexualidad. En primer lugar, nos deberíamos plantear si, al examinar la homosexualidad con calma y objetividad, ésta se nos presenta como un vicio tan terrible que su mera presencia puede llegar a ofendernos. Si este es el autentico sentir de la sociedad en la que vivimos, no alcanzo a ver cómo se le puede denegar a la misma el derecho a erradicarla” (Devlin, 2010: 65). Sobre la base de que el Estado tenga que desempeñar un rol de tutor legal, y el derecho penal es su técnica de tutela más adecuada, para Devlin la sociedad tiene derecho a castigar aquellas conductas que sus miembros desaprueban enérgicamente, aun cuando tales conductas no tengan sobre otras personas efectos lesivos.

Este hipotético derecho de la sociedad a proteger su propia existencia frente aquellos ataques que perturben su consenso moral (mayoritario o popularmente admitido), implicaría la facultad de “usar las instituciones y sanciones de su derecho penal para imponer ese derecho” (Dworkin, 1984: 352). Lord Devlin concluye que si nuestra sociedad aborrece lo suficiente la homosexualidad, se justifica que la proscriba y que obligue a los seres humanos a optar entre las miserias de la frustración y las de la persecución, debido al peligro que significa dicha práctica para la existencia de la sociedad. Sin embargo, Devlin no ofrece pruebas de que la homosexualidad entrañe tal peligro, más allá de la afirmación de que todas las “desviaciones de la moralidad compartida por una sociedad (...) son capaces por naturaleza de amenazar la existencia de la sociedad” y por eso “no pueden ser colocadas más allá del alcance del derecho” (Devlin, 2010: 61).

---

<sup>5</sup> “No es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos ni intentar imponer ningún modelo de comportamiento determinado (...) Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho” (*Report on the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957: 9-10).

Desde este planteamiento, “en una comunidad moralmente homogénea, la gente se identifica con la moral compartida (...) para ellos, la comunidad es la comunión de creencias compartidas que contribuye en la constitución de su propia identidad. Si la comunidad tolera la desviación, tales ciudadanos sufrirán el golpe del desarraigó” (Dworkin, 1996: 156). Para Dworkin este argumento yerra por exagerado, porque presupone, ante todo, que “cuando una comunidad política tolera rupturas de ciertos principios de la ética o la moralidad convencional, inevitablemente se afectan los lazos de los ciudadanos con tales principios” (Dworkin, 1996: 157). Esto es un error, pues “nada sugiere que, para beneficiar a sus miembros de manera adecuada, la comunidad deba ser homogénea, en términos morales o de cualquier otro orden” (Dworkin, 1996: 155). Si bien “nadie podría llevar una vida adecuadamente humana sin los mecanismos de la comunidad”, sin embargo, “no hay razón para pensar que dichos beneficios requieran la homogeneidad moral” (Dworkin, 1996: 154).

Cierto es que “las personas necesitan una comunidad moralmente homogénea como trasfondo conceptual necesario para una vida moral y ética” (Dworkin, 1996: 158). Saberte seguidor de una moral compartida imperante o mayoritaria otorga la seguridad para fundamentarla como valiosa. Otra cosa muy distinta es que esa *necesidad de objetividad* solo encuentre un anclaje posible en una comunidad moralmente homogénea. Ello supondría que “las personas solo sentirán que sus propios juicios éticos y morales tienen fundamento cuando los confirma una moral incuestionable y convencional” (Dworkin, 1996: 159). Y es más, en ese contexto, dejar espacio a la tolerancia y a la pluralidad de morales sería sustraer a los ciudadanos la única fuente posible para encontrar el anclaje ético y moral que necesitan para objetivar y fundamentar sus convicciones. Si se pierde ese uniforme respaldo (pues se toleran múltiples concepciones de lo bueno y lo correcto) se pierde la seguridad de estar en posesión de una moral valiosa.

382

Dworkin, asumiendo la autorreferencia que el individuo encuentra en la comunidad y la necesidad que aquel tiene de ésta para una vida exitosa, no encuentra factible entender que los cambios en los valores que experimente una sociedad, lejos de ser origen de confusión y desarraigó, no sean sino una oportunidad para que las personas, en entornos pluralistas y tolerantes, reajusten su personalidad y mejoren su bienestar.

#### 4. Integración

Es en este cuarto argumento donde encontramos a un Dworkin que se acerca nítidamente hacia ideas comunitaristas. Y así lo confiesa el propio autor al señalar que encuentra verdadera y valiosa la idea originaria comunitarista (que las personas deberían identificar sus intereses propios con aquellos de la comunidad política a la cual pertenecen); es más, “esta idea no genera argumentos en contra de la tolerancia liberal (...) creo que el liberalismo ofrece la mejor interpretación de este concepto de comunidad y la teoría liberal hace el mejor recuento de su importancia” (Dworkin, 1996: 137).

El liberalismo presupondría la posibilidad de distinguir tajantemente entre el bienestar de las personas y el de la comunidad política a la cual pertenecen. Frente a ello, una idea se erige con más atractivo: “las vidas de las personas individuales y la de la comunidad están integradas, y el éxito de cualquiera de sus vidas es un aspecto de la bondad de la comunidad como un todo y, por lo tanto, depende de

ésta. Llamaré a las personas que aceptan este punto de vista *republicanos cívicos*" (Dworkin, 1996: 161).<sup>6</sup>

La tesis central de esta integración podría enunciarse del siguiente modo: "las comunidades políticas poseen una vida comunal, cuyo éxito o fracaso forma parte de lo que determina si las vidas de sus miembros son buenas o malas" (Dworkin, 1996: 162). El problema del que se encarga Dworkin será perfilar qué debemos entender por el *carácter* de la vida comunal. Del acierto de su definición depende el éxito en la aproximación al comunitarismo.

El filósofo norteamericano insiste en el hecho de que "las vidas de los ciudadanos están ligadas en su vida comunal, y que no se puede rendir cuentas privadamente sobre éxito o fracaso de sus vidas individuales (...) la integración supone que es la comunidad, y no el individuo, lo fundamental" (Dworkin, 1996: 165). La premisa que introduce Dworkin es la defensa de una versión *débil* de la tesis de la integración. Este debilitamiento se traduce en dos apreciaciones: primero, la comunidad no es definida desde un punto de vista metafísico, sino práctico; segundo, y derivado de lo anterior, se excluyen del dominio comunal las prácticas relativas al ámbito privado de las personas y sus particulares convicciones morales, en tanto que no son actividades ejercidas por la comunidad

Por lo que se refiere al primer postulado, Dworkin rechaza la idea de que la integración sugiera una especie de metafísica en la que las comunidades sean entidades fundamentales y los seres humanos individuales meras abstracciones ilusorias. Para él, la integración puede entenderse de una forma más acertada y enriquecedora: "como un conjunto de hechos comunes y familiares relativos a las prácticas sociales que llevan a cabo los individuos" (Dworkin, 1996: 166). Este es el *punto de vista de la práctica* que mejor explica e interpreta la integración. Es un argumento práctico, real, cotejable, no metafísico. Integración y comunidad son fenómenos *consecuencia de* actitudes y prácticas, no son precedentes o antepuestos a estas. Es más, se debe *demostrar* que la práctica social ha creado esa integración.

La pregunta, pues, se hace perentoria: ¿qué demuestra o qué datos de la práctica revelan que 'aquí hay una comunidad'? Son usos y actitudes sociales que Dworkin configura con los siguientes rasgos:

- a) Son actos denominados socialmente como *colectivos*, es decir, "identificados e individualizados como actos de una comunidad como un todo, y no de miembros de la comunidad como individuos".
- b) Los actos individuales "que constituyen actos colectivos son *concertados*. Se llevan a cabo como contribución al acto colectivo".
- c) La composición de la comunidad se define por sus actos colectivos, de manera que "los actos de la comunidad *explican* su composición y viceversa" (Dworkin, 1996: 167).

Son estos actos colectivos los que constituyen la vida comunal de la comunidad. Y no otros, pues -como advertíamos- Dworkin defiende una vida comunal más limitada (*débil*) que los comunitaristas tradicionales: "solo incluye los

---

<sup>6</sup> "Los liberales entienden el asunto de si la ley debería tolerar la homosexualidad como si se preguntara si alguna persona tendría derecho a imponer a los demás sus propias convicciones éticas. Los republicanos cívicos la toman como si se preguntara si la vida común de la comunidad, de la cual depende el valor crítico de sus propias vidas, debería ser saludable o degenerar" (Dworkin, 1996: 161).

actos considerados colectivos por las prácticas y actitudes que crea la comunidad como agente colectivo" (Dworkin, 1996: 168). Y ¿cuáles son esos actos colectivos que conforman la vida comunal?: "las decisiones legislativas, ejecutivas y judiciales son los actos comunales que ayudan a explicar la composición de dicha comunidad" (Dworkin, 1996: 170).

No despierta réplicas admitir que si una comunidad posee vida comunal, sus decisiones políticas formales deben ser parte de tal vida. Pero no por necesidad podemos dejar de preguntarnos qué otros elementos, además de aquellos actos políticos formales, forman parte de la vida comunal; pues los actos políticos no agotan el espectro de la vida comunal de un Estado. El argumento retoma la idea de la posibilidad de incluir en esa vida comunal la vida sexual de sus integrantes. Y, por tanto, que la comunidad pudiera decidir sobre ella.

Para que esa inclusión pudiera ser posible "se debe mostrar que nuestras costumbres, actitudes y convenciones sociales de hecho crean y reconocen un acto sexual nacional" (Dworkin, 1996: 171). Lo que implica que esa práctica sexual ha superado el filtro de los tres rasgos -ya enunciados- del test que propone Dworkin para reconocer el acto comunal. No parece posible que alguno de esos condicionantes se satisficiera en el caso de la vida sexual nacional: "nuestras convenciones no reconocen una vida sexual colectiva y nacional. Cuando hablamos de las preferencias y hábitos sexuales de una nación hablamos estadísticamente, y no lo hacemos de un logro o fracaso colectivo" (Dworkin, 1996: 171).

El argumento de que se debiera intentar crear una comunidad que posea una vida sexual colectiva (sobre la que la comunidad pudiera decidir como sobre cualquier otro asunto comunal) creo que dista bastante de la tesis de la integración planteada por Dworkin. La concepción conservadora de la integración asumiría que una comunidad política tiene una vida que incluye un aspecto sexual. La comunidad política dworkiniana tiene una vida, pero no ese tipo de vida.<sup>7</sup>

384

Los ciudadanos se identifican con su comunidad política cuando reconocen que "ésta posee una vida comunal, y que el éxito o fracaso de sus propias vidas depende éticamente del éxito o fracaso de dicha vida comunal" (Dworkin, 1996: 176). La perspectiva liberal de la integración que así describe Dworkin considera de manera *limitada* las dimensiones de la vida comunal. Ya sabemos que un ciudadano integrado considerará que los logros y fracasos de su comunidad en los actos políticos oficiales tienen resonancia en su propia vida, mejorándola o degradándola. Ello no abandona los paradigmas liberales ni compromete la tolerancia y neutralidad liberal con respecto a la vida buena.<sup>8</sup>

Ahora, si es cierto que la integración así definida no presenta amenaza para los principios liberales, "sería un error concluir que la integración es una idea que no añade nada a la moral política" (Dworkin, 1996: 171). Si nos quedamos en el primer

<sup>7</sup> Dworkin reafirma su acercamiento al comunitarismo cuando reconoce que los liberales no han puesto énfasis en la *importancia ética de la integración*; en cambio, "el reconocimiento de esta importancia no amenazaría, sino que más bien nutriría, los principios liberales" (Dworkin, 1996: 175).

<sup>8</sup> Aunque esto ha constituido extremo de crítica por entender que no siempre se han mantenido tan inatacables los postulados liberales en la propuesta dworkiniana por sus concesiones comunitaristas: "si el tipo de neutralidad que se ha de exigir (la neutralidad de la justificación de las acciones del Estado) se interpreta en un sentido que permite al Estado suscribir juicios pasados y presentes sobre el valor que corresponde a diferentes géneros de vida, entonces resulta cada vez más difícil trazar una línea clara entre las versiones perfeccionistas del liberalismo (...) Esto corrobora nuestra sospecha de que el Estado de Dworkin no es tan neutral en sus actuaciones -o tan antiperfeccionista- como a veces nos sugiere" (Mulhall y Swift, 1996: 398).

escalón de la integración (actos políticos formales) la idea parece bastante decepcionante.

Frente a ello, el autentico liberal integrado “no separará su vida privada de su vida pública de esta manera. Considerará que su vida habrá desmejorado -será una vida menos buena de la que hubiera podido tener- si vive en una comunidad injusta” (Dworkin, 1996: 171). Esta fusión más completa y acabada de moral política e interés individual “constituye -para Dworkin- el verdadero núcleo del republicanismo cívico, la importante manera de cómo los ciudadanos deberían unir sus intereses y su personalidad a la comunidad política” (Dworkin, 1996: 172). Y resultando una postura híbrida de las dos filosofías, en apariencia antagónicas, concluye: “dicha fusión afirma una idea claramente liberal, que florece únicamente en una sociedad liberal” en la que “un ciudadano integrado acepta que el valor de su propia vida depende del éxito de su comunidad” (Dworkin, 1996: 179).<sup>9</sup>

Con esto se nos presenta un Dworkin que se separa de las concepciones clásicas del liberalismo que sitúan al individuo como único centro de atención, reforzando el papel de la comunidad como agente en la esfera pública y como espacio en el que la persona puede también lograr una realización de sus potencias morales. Lo atractivo de la *anómala*<sup>10</sup> propuesta dworkiniana es que, a pesar de que su planteamiento defiende la continuidad entre ética y política, no anula la diferencia entre la órbita privada y la órbita pública, haciendo posible que los ciudadanos puedan exigir que el Estado actúe neutralmente frente a las conductas o situaciones que no afectan a la comunidad como un todo. Ello no le impide a Dworkin admitir que nadie pueda desarrollar su vida de manera moralmente adecuada al margen de la comunidad. Se acepta la importancia de la comunidad en la estructuración de la identidad de los sujetos, pero hasta donde permanezcan inalterables la tolerancia y la neutralidad. En su difícil delimitación, confío en que el tamiz de la racionalidad y el sentido común se encargue de separar lo verdaderamente importante de la demagógica moralina.

## Bibliografía

DEVLIN P. (2010), *La imposición de la moral*, Dykinson, Madrid.

<sup>9</sup> Dworkin había venido defendiendo una concepción del liberalismo en la que el principio de neutralidad era su rasgo más característico: el Estado liberal “debe ser, tanto como sea posible, independiente respecto de cualquier concepción del bien particular o respecto de lo que dote de valor a la vida” (Dworkin, 1983: 149). Ideas que sigue reforzando en la reimpresión, siete años después, de este artículo en su obra *A matter of principle* (Dworkin, 1985: 191). En cambio, la tendencia ecléctica de Dworkin es fácilmente comprobable en algunos de sus últimos trabajos, que discuten sobre la rigurosidad y permeabilidad de las clásicas posiciones y “causas” liberales. Es entonces cuando Dworkin simpatiza con el comunitarismo en su propósito de encontrar los *fundamentos éticos* del liberalismo, que su versión más tradicional ha obviado o dificultado. Aproximación que se hace ya patente en *La comunidad liberal*, cit., y se acentúa en *Ética privada e igualitarismo político*: “se debe intentar vincular ética y política dotándose de una concepción definida acerca de la naturaleza y el carácter de la buena vida, de modo que la moralidad política liberal parezca continua más que discontinua, con concepciones filosóficas atractivas acerca de la buena vida”; de este modo, “el liberalismo es continuo con la mejor ética personal, con la concepción filosófica correcta de la buena vida (...) y es interesante porque insiste en que la libertad, la igualdad y la comunidad no son tres virtudes políticas distintas, sino aspectos complementarios”. Compárese esta tesis sobre la esencia del liberalismo con su anterior postura de que el núcleo del liberalismo es su neutralidad frente a las varias teorías del bien. El objeto de su crítica es la cuestionable escisión del individuo entre una ética política pública y la persecución de intereses y fines privados, que reclaman, por el contrario, más continuidad entre ambos: “la estrategia de la continuidad supone que la ética y la política están interrelacionadas de tal forma que algunas de las cuestiones de mayor alcance acerca del carácter de la buena vida son también cuestiones políticas” (Dworkin, 1990: 43, 44, 45 y 65, respectivamente.)

<sup>10</sup> Por seguir la adjetivación con la que se puede tildar lo “peculiar y original de la propuesta de Dworkin” (Thiebaut, 1996: 235-236).

- DWORKIN R. (1983), "El Liberalismo", en Stuart Hampshire (comp.), *Moral Pública y Privada*, Fondo de Cultura Económica, México.
- DWORKIN R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN R. (1985), *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN R. (1990), *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona.
- DWORKIN R. (1996), *La comunidad liberal*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- DWORKIN R. (2003), *Virtud soberana*, Paidós, Barcelona.
- LAPORTA F. (1993), *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México.
- MULHALL S. y SWIFT A. (1996), *El individuo frente a la comunidad*, Temas de Hoy, Madrid.
- THIEBAUT C. (1998), *Vindicación del individuo*, Paidós, Barcelona.
- WOLFENDEN COMMITTEE (1957), *Report on the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 247, Her Majesty's Stationery Office, Londres.

## Notas

### Ronald Dworkin y la democracia de partidos: Una propuesta de mejora

Carlos Alonso Mauricio  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[caraalons@der-pu.uc3m.es](mailto:caraalons@der-pu.uc3m.es)

#### Resumen

Ronald Dworkin, estudiando las diferentes concepciones de la democracia, analiza el poder del dinero en la política de los Estados Unidos y nos ofrece una serie de medidas para reformar el sistema de financiación de campañas electorales y mejorar discurso político. Podemos, por tanto, finalizar haciendo una reflexión sobre las necesidades y la posible aplicación de las propuestas de R. Dworkin al caso español.

#### Palabras clave

Democracia, partidos políticos, financiación, campañas electorales, libertad de expresión.

387

### Ronald Dworkin and the party system: A proposal for improvement

#### Abstract

Ronald Dworkin, studying the different conceptions of democracy, analyzes the power of money in the policy of the United States of America and he offers us several measures to reform the system of electoral campaign finance and improve the politic speech. We can finish doing a reflection about the necessities and the possible application of the proposal for R. Dworkin to the case of Spain.

#### Keywords

Democracy, politic parties, financing, electoral campaign, freedom of speech.

“Nuestra política está desacreditada y el dinero es la raíz del problema”, con esta frase comienza Ronald Dworkin el décimo capítulo de su obra *Virtud soberana*. Si bien es cierto que R. Dworkin se refiere a la política estadounidense, y los problemas concretos que derivan de su propio sistema de organización, el sentido final de la misma puede hoy aplicarse a la situación de España, aunque las causas del efecto pernicioso del dinero en la percepción de la política por el común de los ciudadanos sean bien distintas.

A lo largo del décimo capítulo su libro realiza un interesante análisis de los efectos que tiene el sistema de financiación de campañas electorales sobre la calidad, o la pureza, de la democracia de los Estados Unidos. Así mismo conecta este análisis con las diferentes concepciones de este sistema de gobierno que son posibles observar para justificar, o no, en base al respeto al derecho a la libre expresión de las ideas, la limitación del gasto electoral, y las diferentes formas de hacerlo.

Además, R. Dworkin, no deja pasar la oportunidad de proponer métodos de financiación pública de los candidatos, algo que resulta especialmente revelador tratándose de un autor americano, cuando su campaña cumpla con una serie de requisitos respecto de los mensajes que lanza, con el objetivo de ayudar a crear un discurso político útil para el conjunto de la sociedad, alejando a la política de ideas y prácticas mercantilistas que tratan al ciudadanos como un mero receptor publicitario y no como un partícipe esencial en la vida democrática de la sociedad.

Sentadas estas bases me propongo analizar las propuestas que nos ofrece R. Dworkin, así como la posibilidad de traslación de las mismas al caso español, algo que no deja de ser problemático debido al abismo que separa los sistemas políticos de ambos países.

R. Dworkin encuentra cuatro problemas esenciales en el papel que juega el dinero en la política. A saber:

1.- El hecho de que el análisis empírico demuestre que en la mayoría de los casos el candidato que más recauda, que más gasta, es el que termina por ser elegido.

2.- Que los miembros electos dedican, habitualmente, más tiempo a recaudar fondos que a atender las funciones de su cargo.

3.- El dinero se gasta en realizar campañas políticas vacías de contenidos y argumentos que no contribuyen a generar el debate político necesario en una sociedad democrática moderna.

4.- Las cada vez más crecientes necesidades económicas de los candidatos les hacen más y más dependientes de los grandes contribuyentes que no paran de crecer en influencia.

Si bien es cierto que en los Estados Unidos existen límites legales de donación a las campañas electorales, tanto para los individuos como para grupos o corporaciones, estos límites no existen respecto del dinero que pueden entregar directamente a los partidos, o a los comités de acción política, dinero que finalmente es utilizado disimuladamente, aunque de forma descarada, a favor de las campañas

de unos u otros candidatos o, lo que tampoco es infrecuente, termina siendo utilizado para atacar violenta y virulentamente a los candidatos del otro partido.<sup>1</sup>

Este resquicio legal ha permitido llevar a cabo a los candidatos un imparable incremento del gasto electoral. Gasto que está destinado esencialmente a la publicidad televisiva, y que ha abocado a los dos partidos mayoritarios a embarcarse en una carrera descontrolada para dominar los espacios publicitarios con sus mensajes, única forma, parece, de conseguir la victoria electoral.

El Congreso de los Estados Unidos intentó poner coto a esta situación ya en 1974, año en el que se aprobaron unos límites al gasto en las campañas electorales. Pero, apenas dos años después, la Corte Suprema declaró inconstitucional tal medida por violar la Primera Enmienda de la Constitución Federal, que prohíbe al Congreso adoptar medidas que limiten la libertad de expresión<sup>2</sup>. Es en este punto donde R. Dworkin muestra su desacuerdo con la decisión de la Corte, donde entra a definir la concepción de la democracia que adopta para justificar las medidas que él propone.

### 1. Libertad de expresión y limitación del gasto electoral<sup>3</sup>

“La justificación más fuerte para la decisión adoptada en Buckley en el sentido de que los límites son inconstitucionales depende de un supuesto estratégico popular acerca de la mejor forma de concebir y proteger la democracia. Denomino a este supuesto (siguiendo al famoso juez federal Learned Hand) la apuesta democrática” (Dworkin, 2003: 383).

Esta justificación puede ser resumida de la siguiente forma. La apuesta democrática consiste en una prohibición al gobierno de limitar el discurso político de cualquier modo, aún cuando con esa medida pretenda proteger o mejorar el sistema democrático, puesto que éste sistema se protege mejor dejando plena libertad.

En definitiva nos encontramos ante una formulación moderna de alguna de las ideas de John Stuart Mill, quien afirmaba que “la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error.” (Stuart Mill, 2009: 77).

<sup>1</sup> Dworkin, R. (2003: 381) escribe que “los partidos invierten ese dinero en campañas en los medios de comunicación de <>apoyo a una causa>>, las cuales, técnicamente, no sugieren en términos explícitos un voto a favor o en contra de un candidato, pero aprueban o denuncian a ciertos candidatos con desinhibido vigor, hasta llegar a aconsejar a su audiencia que ‘adviertan’ a los candidatos denunciados que se corrijan.”

<sup>2</sup> Constitución de los Estados Unidos de América. Primera Enmienda: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de impresa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.”

<sup>3</sup> (Dworkin, 2003: 402): “Haríamos bien, de todas maneras y para esta ocasión, en encuadrar nuestra cuestión interpretativa de forma más restringida. Deberíamos limitarnos a la jurisprudencia de la Primera Enmienda, distinguiendo entre dos lecturas de la cláusula de la libertad de expresión. La primera es una lectura profiláctica modelada según la apuesta democrática. Para ella, el discurso político nunca puede ser restringido o regulado en interés de la democracia. La segunda es una lectura más flexible, tomada de la concepción asociativa, que permite una regulación de la libertad de expresión que mejore la igualdad de los ciudadanos.”

Una lectura escrupulosa de la cita de J. S. Mill, así como una aplicación estricta de la apuesta democrática conlleva, necesariamente, que, aunque las medidas adoptadas sean objetivamente beneficiosas para el sistema democrático, en tanto que limitar el gasto electoral limita necesaria y cuantitativamente el mensaje político, estas medidas no encuentran el encaje debido en el respeto al derecho a la libertad de expresión<sup>4</sup>. Es una concepción meramente formalista tanto de la democracia como de la libertad de expresión, que no atiende al contenido real de estos conceptos ni a las consecuencias derivadas de las medidas de limitación del gasto es, en palabras de R. Dworkin, un enfoque “profiláctico” de la libertad de expresión.

Ante la cuestión planteada por el propio autor de “si el apoyo mayoritario por sí solo proporciona algún tipo de razón moral a favor de aquello a lo que la mayoría da su apoyo” (Dworkin, 2008: 171), pregunta con la que afronta este problema en su obra *la democracia posible*, R. Dworkin no se muestra dispuesto a aceptar un concepto de la democracia que se limite a definirla como “un arreglo político diseñado para implementar la voluntad de la mayoría”, si lo hiciera, la apuesta democrática podría ser aceptada. Ahora bien, si se adopta una visión más elevada del sistema democrático, democracia como “una asociación de autogobierno colectivo en la cual se brinda a todos los ciudadanos la oportunidad de ser socios activos e iguales” (Dworkin, 2003: 384), desde esta idea se debe rechazar la posición de la Corte Suprema, en tanto que “la igualdad de los ciudadanos resulta destruida cuando sólo los ricos participan en la competencia” convirtiendo el sistema “en una política de vendedores ambulantes” en el que no se puede apreciar “una verdadera deliberación democrática.” (Dworkin, 2003: 417).

No es mi intención entrar en este momento a detallar o debatir las diferentes definiciones de democracia y, mucho menos, realizar un exhaustivo estudio de las ideas de R. Dworkin en este campo, es algo que me resultaría del todo imposible sin desatender tanto el objetivo concreto del presente escrito como las normas relativas a la extensión del mismo. Aún así, y brevísimamente, se puede señalar que R. Dworkin observa dos concepciones de la democracia, la mayoritaria en la que un Estado es democrático si el gobierno está legitimado por el apoyo de la mayoría del pueblo, siendo una versión más sofisticada aquella que exige además que ese apoyo esté basado en un conocimiento previo, con posibilidad de deliberación, de los asuntos que el gobierno gestiona. Aunque cabe destacar que ambas visiones son excesivamente restringidas para R. Dworkin.

390

En palabras del propio R. Dworkin “la concepción mayoritaria pretende ser puramente procedural y, por consiguiente, independiente de otras dimensiones de la moralidad política; esto nos permite juzgar una decisión como democrática aunque sea muy injusta. Pero la concepción asociativa no considera la democracia independiente del resto de la moralidad política; según esta concepción, necesitamos una teoría de la igualdad asociativa para decidir qué es o qué no es una decisión democrática, y necesitamos recurrir a las ideas de justicia, igualdad y libertad para construir tal teoría. Por tanto, según la concepción asociativa, la democracia es un ideal sustantivo no meramente procedural” (Dworkin, 2008: 170).

<sup>4</sup> Así Dworkin, R. (2003: 383) escribe que “la libertad de expresión desempeña un papel evidente en la concepción mayoritaria. Este enfoque de la democracia requiere que se otorgue a los ciudadanos una oportunidad de informarse tan profundamente como sea posible y deliberar, individual o colectivamente, sobre sus elecciones. Que la mejor manera de otorgar esa oportunidad es permitir a cualquiera que desee dirigirse al público hacerlo, de cualquier forma y con el alcance que él quiera, sin importar cuán impopular o pobre el gobierno o los otros ciudadanos consideren que es este mensaje, constituye un juicio estratégico incuestionable.” (*id.*: 389).

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

La segunda concepción, la que R. Dworkin llama asociativa, más abstracta y exigente, además no se limita, como las dos versiones que analiza en la idea mayoritaria de la democracia, a restringir el papel de los ciudadanos al de jueces o candidatos en los procesos electorales, sino que acepta que éstos tienen un papel fundamental durante el desarrollo de los mandatos en la formación de la opinión pública.

Con esta concepción divergente afirma R. Dworkin que es posible implementar medidas más amplias que las que se permiten bajo la apuesta democrática. Ahora bien, estas medidas deben ser, en todo caso, neutrales respecto del punto de vista, no deben pretender favorecer a unos u otros candidatos. “No obstante, las regulaciones diseñadas para mejorar la democracia [...] apuntan deliberadamente a cambiar de alguna forma la opinión pública. No aspiran a que la gente llegue a una conclusión diferente en una elección particular. Pero en la medida en que atacan lo que consideran defectos en la formación de la opinión pública, sí apuntan a que el contenido de la misma sea diferente del que de otro modo hubiese sido” (Dworkin, 2003: 389).

Obviamente R. Dworkin admite la posibilidad de regular el discurso político, por lo que rechaza la visión de la apuesta democrática de declararlo intocable. Ahora bien, tampoco admitiría una propuesta de corte utilitarista que aceptara determinadas regulaciones que mermaran aspectos concretos de la democracia para conseguir una mejora global superior, esto es lo que llamará una aproximación equilibradora. Bien al contrario, propone una estrategia discriminatoria que permite la regulación del discurso político para mejorar la democracia, siempre que estas medidas no dañen, en alguna forma, alguna de las dimensiones de la propia democracia.<sup>5</sup>

391

## 2. Las medidas que R. Dworkin propone

R. Dworkin nos propone cuatro medidas para resolver la, a su entender, preocupante relación de la política estadounidense con el dinero. Son medidas con dos objetivos bien diferenciados, siendo estos, por una parte, reducir la necesidad de captación de fondos de los candidatos, lo que facilitaría la concurrencia en igualdad de condiciones entre aquellas personas que decidan presentarse, es decir, que “la igualdad antes mencionada requiere que los diferentes grupos de ciudadanos no resulten desaventajados en sus esfuerzos por captar la atención y el respeto a favor de sus puntos de vista por una circunstancia tan lejana del valor de una opción o un argumento, o de las fuentes legítimas de influencia, como la

---

<sup>5</sup> Así Dworkin, R. (2003: 400) escribe que “tenemos entonces poderosas razones para intentar construir una estrategia de protección del discurso político que incorpore algo de la flexibilidad, pero no de los riesgos, de la estrategia equilibradora. La estrategia ‘discriminatoria’ reconoce este peligro y prohíbe cualquier regulación del discurso que dañe apreciablemente tanto a la soberanía como a la igualdad de los ciudadanos. No permite que el gobierno comprometa la soberanía popular prohibiendo a la prensa discutir la vida sexual de los funcionarios, por ejemplo, aun cuando sea altamente plausible que la tercera dimensión de la democracia –el discurso democrático– resulte perfeccionada como consecuencia de esta limitación. Dicha estrategia rechaza como incompatible con la igualdad de los ciudadanos el argumento que, tal como mencioné, sostiene que el discurso sexista o racista debería prohibirse para evitar <<silenciar>> a los grupos minoritarios o a las mujeres, o para mejorar el carácter del discurso democrático. En cambio, la estrategia discriminatoria sí permite regulaciones en el discurso político que mejoren la democracia en alguna de sus dimensiones, cuando el defecto que intentan reparar es sustancial y cuando la limitación no entraña ningún daño genuino para la igualdad y la soberanía de los ciudadanos. Permite, así pues, establecer límites en los gastos de campaña cuando contribuyan a reparar significativas desigualdades políticas entre los ciudadanos, siempre que dichos límites resulten establecidos en un nivel lo suficientemente alto como para que no reduzcan la crítica al gobierno ni introduzcan ninguna nueva desigualdad, excluyendo a los partidos o candidatos nuevos.”

riqueza" (Dworkin, 2003, p.397). Y por otra parte, persigue el autor americano mejorar la calidad del discurso político, alejándolo de su dependencia de las técnicas de mercadotecnia, para profundizar en una debate de ideas y argumentos que ayude a la formación de una opinión pública crítica.

La primera medida propuesta consiste, como ya se ha venido anunciando a lo largo del trabajo, en la limitación del gasto electoral, en poner un límite máximo de gasto en todas las campañas, eso sí, lo suficientemente alto como para no limitar excesivamente el derecho a la libre expresión impidiendo la crítica al gobierno, y lo suficientemente bajo como para no impedir a los candidatos nuevos o con menos dinero concurrir en igualdad de condiciones.

La medida está encaminada por una parte a contener las escandalosas cifras que se manejan en la política americana<sup>6</sup>, por otra parte a facilitar una concurrencia en igualdad de fuerzas entre los candidatos a la reelección, que tienen más fácil el acceso a la captación de esos fondos, y los candidatos del otro partido<sup>7</sup> y, por último, a limitar el tiempo y los esfuerzos que los funcionarios tienen que realizar, durante el mandato, para la incesante captación de fondos. En este sentido recoge R. Dworkin las palabras del Senador por Iowa Tom Harkin, quien en 1988 dijo que "tan pronto como un senador es elegido aquí, es mejor que empiece a colectar dinero para la siguiente elección dentro de 6 años. Todo el mundo aquí lo hace, y negar eso es negar lo obvio y negar lo que está incluso registrado" (Dworkin, 1998: 1476).

La segunda y la tercera de las medidas propuestas por R. Dworkin consisten en que, respetando la actual limitación de las contribuciones de los individuos y las corporaciones a las campañas políticas, los gastos que se realicen desde los partidos o los comités de acción política, así como por individuos a título personal, en coordinación, o a favor, de la campaña de un candidato, o para sufragar desembolsos de la misma como pueden ser los salarios del equipo de campaña, deben ser contabilizados como gastos de la misma.

Con esta iniciativa R. Dworkin pretende, uniéndola a la anterior, limitar el profuso uso del dinero blando, *soft money*, es decir, el dinero que directamente no gasta la propia campaña, pero que es empleado por grupos afines para comprar, generalmente, espacios publicitarios en los que difundir anuncios apoyando las políticas que el candidato defiende o, en su defecto, atacando las que propone el adversario político.

Esta modalidad de gasto electoral representa enormes sumas de dinero en la política estadounidense y estas sumas han crecido de forma extraordinaria. Entre los años 1991 y 1992 el Partido Republicano capto casi 34 millones de dólares por 14 de los demócratas, mientras que en el periodo entre 1995 y 1996 las cifras alcanzan los 84 y los 70 millones de dólares respectivamente<sup>8</sup>, alcanzándose cifras

<sup>6</sup> Así Dworkin, R. (1998: 145) recogía que "el New York Times estima que la carrera presidencial de 1996 costará entre US\$ 600 millones y US\$ mil millones, que hoy día se requieren al menos US\$5 millones para realizar una campaña exitosa al Senado - en algunos estados tanto como US\$ 30 millones- e incluso que un asiento en la Cámara puede costar US\$2 millones". Página 145.

<sup>7</sup> Asimismo (Dworkin, 1998: 147) aseguraba que "la importancia que el dinero tiene en la política significa también desigualdad política. Los contribuyentes de ambos partidos tienden a favorecer a los aspirantes a reelección. En la carrera al Senado este año, 13 aspirantes a reelección republicanos ya han colectado, para junio 30, US\$ 19,3 millones y sus oponentes demócratas sólo US\$ 4,2 millones; los 7 aspirantes a reelección demócratas en competencia han recogido US\$ 12 millones y sus oponentes sólo US\$ 6,6 millones" (*íd*: 147).

<sup>8</sup> Del mismo modo asegura Dworkin R. (1998: 145) que "Gran parte del dinero es entregado en grandes cantidades por corporaciones e individuos, muchos de los cuales contribuyen a ambos

escalofriantes en las elecciones presidenciales de 2012 en las que el Partido Republicano recaudó más de 228 millones de dólares mientras que el Partido Demócrata consiguió recaudar casi 120 millones. Y, por último, si atendemos a los comités de acción política observamos como estas cifras se disparan. En las elecciones de 2012 que enfrentaron a Barack Obama y Mitt Romney el primero captó cerca de 450 millones de dólares por los casi 490 millones del republicano.<sup>9</sup>

Además, también se puede observar como el uso que se da a este dinero recaudado incide negativamente en la igualdad entre los individuos que se debe guardar en un sistema democrático, dado que, los Comités de Acción Política acostumbran a financiar en mayor medida a los candidatos a la reelección sobre los aspirantes al puesto.

En definitiva R. Dworkin observa que el dinero tiene un efecto distorsionador respecto de la formación de la opinión pública, dado que los datos revelan que los candidatos que gastaron más son generalmente los elegidos para ocupar el puesto al que concurren aunque, evidentemente, esto no sucede en todos los casos y para extraer una conclusión definitiva quizá sería necesario un análisis estadístico regresivo sobre la significación de la variable gasto en la elección de un candidato, si podemos alcanzar, *prima facie*, la idea de que el gasto publicitario significativamente mayor de un candidato sobre otro puede desvirtuar el debate político hasta el extremo de otorgar una ventaja que no tiene por qué estar basada en las posturas, las ideas y los argumentos defendidos<sup>10</sup>.

Y, por último, R. Dworkin presenta su cuarta propuesta, la más problemática respecto del encuadre que pueda encontrar en las diferentes concepciones de la libertad de expresión y la democracia. Esta propuesta consiste en dotar a los candidatos que acepten a renunciar a los tradicionales mensajes publicitarios que inundan las campañas estadounidenses de eslóganes vacíos de fondos públicos destinados, eso sí, a la emisión de mensajes con una mayor contenido político, con una duración superior que permita la exposición de posturas, ideas y argumentos de calado, mejorando así la calidad del debate público. Respecto de esta propuesta encontramos una formulación más radical en su obra *la democracia posible*, en la que propone la prohibición de aquella publicidad política que no cumpla con los requisitos que exigía en *virtud soberana* para ser subvencionada con fondos públicos<sup>11</sup>.

---

partidos mayoritarios. De enero de 1991 a junio de 1992, el partido republicano colectó US\$34,9 millones y el partido demócrata US\$13,1 millones en soft money (dinero entregado a los partidos más que a los candidatos y utilizado para anunciar el mensaje del partido, para el registro de votantes, y para otras actividades que están exentas de límites legales de contribución). Para el mismo período, en 1995-1996, esos números han explotado; el partido republicano colectó US\$ 83,9 millones en soft money y los demócratas US\$ 70,3 millones. Los totales que cada partido espera alcanzar para noviembre oscilan entre US\$ 120 y US\$ 150 millones".

<sup>9</sup> Datos recogidos de: *The Campaign Finance Institute*; "Money vs. Money-Plus: Post-Election Reports Reveal Two Different Campaign Strategies".

<sup>10</sup> Explica Dworkin R. (1998: 147) que "estas diferencias importan: en la carrera por el Senado en 1994, los ganadores gastaron un promedio de US\$ 4'566.452 y los perdedores sólo US\$ 3'358.015 -una razón de 1,36 a 1- y en la competencia por la Cámara de Representantes los ganadores gastaron un promedio de US\$530.031 y los perdedores US\$283.431 - una razón de 1,87 a 1-. Los candidatos con gran capacidad económica personal tienen una ventaja especial obvia. En 1994, Michael Huffington, el desconocido y aparentemente inepto competidor republicano de la popular senadora Dianne Feinstein en California, gastó la asombrosa suma de US\$28 millones de su propio dinero, y a duras penas ganó."

<sup>11</sup> Afirma Dworkin R. (2008: 190) que "La publicidad política en la forma que conocemos debería prohibirse en todas las cadenas a no ser que esté sujeta a las siguientes regulaciones: el anuncio debe durar por lo menos tres minutos, de los cuales al menos dos minutos deben consistir en que un candidato a ocupar un cargo o un funcionario de alguna organización que ha pagado el anuncio hable directamente a la cámara."

La fórmula propuesta por nuestro autor aleja aún más estos espacios de las técnicas publicitarias, pues considera que en estos mensajes el candidato debería salir mirando a cámara para explicar a la audiencia, a la opinión pública qué es lo que piensa, por qué lo hace, y como va a hacerlo en caso de ser elegido. Así pues, R. Dworkin se ve obligado a reconocer que esta propuesta, aun cuando se derogara la decisión del caso Buckley, esta última propuesta resultaría problemática dada la hostilidad de la Primera Enmienda a la regulación del contenido del discurso político, dado el celo de la Primera Enmienda por el respeto a la neutralidad. Ahora bien, aún reconociendo estos problemas considera posible su encaje, dado que la medida no elimina ningún tipo de discurso, sino que ofrece a los ciudadanos mayores elementos de juicio sobre sus candidatos<sup>12</sup>.

Por último cabe destacar otra serie de medidas, estas destinadas a los medios de comunicación que hoy representan un activo político de primer orden como generadores de opinión, a fin de enriquecer o quizás purificar el debate político que en ellos se difunde, entre las que se encontrarían la concesión de un espacio semanal a los candidatos presidenciales para replicar las informaciones dadas en las cadenas televisivas o la creación de canales electorales públicos (Dworkin, 2008, p. 189-190).

### **3. ¿Tienen en España cabida estas propuestas?**

Tanto la situación política española como el sistema de financiación de las campañas electorales difieren, en gran medida, de la situación que se vive y del sistema de financiación de los Estados Unidos. Por consiguiente en los problemas denunciados por R. Dworkin para el caso estadounidense también existe cierto grado de diferencia con el caso español. Aún así, creo que sería posible extraer algunas conclusiones prácticas para el caso español de las propuestas del autor norteamericano.

394

La idea del límite de gasto de las campañas electorales fue acogida por la legislación española con la modificación que la Ley Orgánica 2/2011 efectúa en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General<sup>13</sup>. Aún así, resulta sorprendente que el presupuesto consignado por el Gobierno para gastos electorales de los partidos, en las últimas elecciones generales, fuera de 22 millones de Euros, y el gasto máximo estimado alcance la sorprendente cifra de 57.6 millones. De hecho en las elecciones de 2008 los dos partidos principales declararon un gasto de unos 26 millones de

---

<sup>12</sup> Afirma Dworkin R. (2003: 416) que "Podría ahora sostenerse que las condiciones restrictivas en el uso de los fondos públicos para la política electrónica, diseñadas para hacer la política más argumentativa, ofenden la igualdad de los ciudadanos, en tanto que no son, después de todo, neutrales respecto de las distintas perspectivas políticas. Podría decirse que favorecen una forma elitista del discurso político. Una vez más, de todas maneras, debemos tener cuidado de no entender erróneamente el tipo de neutralidad que la igualdad de los ciudadanos, interpretada apropiadamente, demanda. No exige que los procedimientos políticos estén diseñados de modo tal que los malos argumentos puedan ser tan efectivos como los buenos y las cancioncillas tan poderosas como las razones, o que los candidatos sin conocimiento, convicciones o calificaciones tengan la máxima oportunidad de esconder esos serios defectos. La neutralidad a la que debemos apuntar es casi exactamente la opuesta: requiere un esquema que permita a los ciudadanos juzgar la estructura, los méritos y el atractivo de todos los candidatos e ideas, incluyendo a los peor financiados y originalmente más impopulares. Dicho esquema respeta mucho más efectivamente esta concepción de la neutralidad de lo que la política no sometida a una regulación y llevada a cabo en la radio y la televisión podría hacer."

<sup>13</sup> Ley Orgánica de Régimen Electoral General; artículo 175.2; "Para las elecciones a las Cortes Generales o a cualquiera de sus Cámaras, el límite de los gastos electorales será el que resulte de multiplicar por 0,37 euros el número de habitantes correspondientes a la población de derecho de las circunscripciones donde presente sus candidaturas cada partido, federación, coalición o agrupación."

Euros, y el Tribunal de Cuentas, tras fiscalizar su contabilidad, aumento este desembolso hasta los 42 millones.

Considero que es posible plantearse, después de los continuos escándalos de financiación irregular o, cuanto menos, de dudosa procedencia que parecen afectar a los partidos políticos españoles, en diferente grado de intensidad, si esos límites de gasto no son excesivos, con el consecuente perjuicio para los pequeños partidos políticos que carecen de esa capacidad de financiación, y si no estamos caminando hacia una situación equivalente a la de Estados Unidos en la que la política empieza a ser demasiado dependiente de la contribución dineraria. Eso sí, en el caso de España, al contar con un sistema de financiación mucho más restrictivo respecto de la aportación privada, no nos encontramos ante casos de interpretación torticera de la ley, sino ante supuestas violaciones de la letra de la misma.

Los partidos políticos en España tienen unas necesidades de financiación que parecen no alcanzar a satisfacer con el dinero público que se les transfiere, y este problema no es exclusivo de las épocas electorales. Ante esta situación, una mayor limitación del gasto electoral es una medida necesaria pero no suficiente. Si los partidos políticos españoles necesitan para su funcionamiento ordinario importantes aportaciones privadas, habría de trabajarse con el objetivo de hacer que todas ellas fueran transparentes, imposibilitar las donaciones anónimas, por escaso que sea su importe, para conseguir un control efectivo sobre la contabilidad de estas organizaciones, dado que, según parece, los partidos políticos han usado, y en algunos casos abusado, de estas fórmula de financiación anónimas para aceptar aportaciones de dinero por parte de personas jurídicas a las que les está vedada legislativamente la posibilidad de realizar estas donaciones.

395

Por último, en lo que se refiere a la cuarta propuesta de R. Dworkin, salvando el hecho de que en España ya existe esa cesión de espacios publicitarios en las cadenas públicas, sería posible estudiar las aportaciones del autor norteamericano con el objetivo de ampliar los tiempos de duración de esos espacios para forzar a los partidos a hacer un ejercicio de argumentación profundo y no recurrir a estrategias de marketing, igualando a todos los partidos en tiempo, con el objetivo de construir, de esta forma, un debate público más profundo que ayude a la formación de una opinión pública libre, informada y crítica.

## Bibliografía

- DWORKIN, R. (1998), "La maldición de la política norteamericana", *Revista de Derecho Público*, Núm. 9; pp. 145-160.
- DWORKIN, R. (2003), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona.
- DWORKIN, R. (2008), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona.
- STUART MILL, J. (2009), *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid.



## Notas

### El compromiso del intérprete en la teoría constructiva de Dworkin

Lucila Fernández Alle

Università degli Studi di Bologna

[lucila.fernandez@studio.unibo.it](mailto:lucila.fernandez@studio.unibo.it)

#### Resumen

El giro metodológico planteado por Ronald Dworkin en su teoría del Derecho como concepto interpretativo y de la interpretación como práctica constructiva, plantea diversos interrogantes. Algunos de ellos se inscriben particularmente en el análisis de la metodología propuesta por este autor. En efecto, existe una importante discusión acerca de la naturaleza de la perspectiva del participante –o punto de vista interno- en la construcción teórica de este jurista, el que tiene algunos componentes específicos: entre otras características, se trata de un punto de vista en que quien realiza una afirmación, lo hace con una pretensión de corrección, de verdad. Esta pretensión plantea un problema teórico importante, relacionado con la discusión acerca de la posibilidad de arribar a una –y a la única- respuesta correcta en los casos judiciales. Esta discusión, por otra parte, puede ser analizada a partir de otros enfoques teóricos acerca de diversas formulaciones del decir veraz, constituyendo un importante y aun vigente aporte a la filosofía del derecho.

396

#### Palabras clave

Punto de vista del intérprete, creencia, parresia, interpretación constructiva, verdad, veracidad.

### The engagement of the interpreter in Dworkins' constructive theory

#### Abstract

The methodological twist that began with Ronald Dworkin's theory and his conception of Law as an interpretive concept and of interpretation as a constructive practice, raises some issues that remain under discussion. Some of them regard directly the methodological structure within his approach. As a matter of fact, there is an important discussion about the nature of the participant's point of view –or internal point of view-, since it has some specific elements: among other characteristics, it's a point of view from which, who makes a statement has a pretension of making a correct and true statement. This pretension is related to an important theoretical problem: the discussion about the possibility of arriving to a –unique- right answer in the resolution of legal cases. This problem, that remains an important and current issue in the philosophy of law can, on the other hand, be analyzed by using different theoretical approaches about the diverse formulations of the problem of the truth and truthfulness.

#### Keywords

Interpreter's point of view, belief, parrhesia, constructive interpretation, truth, truthfulness.

## 1. Introducción

A lo largo de su obra, Dworkin ha planteado que el concepto de derecho es un concepto interpretativo y que la interpretación, asimismo, es de carácter constructivo. Lo primero implica afirmar que el concepto de Derecho forma parte de un tipo de conceptos compartidos en una comunidad porque se comparten prácticas sociales y experiencias en las que estos conceptos figuran (Dworkin, 2011: 6 ss.). La noción de interpretación constructiva, por su parte es, de acuerdo al análisis de Dworkin, también un concepto interpretativo y presupone, por ello mismo, que cuando se interpreta se comparten las prácticas en las que ciertos valores se ponen en juego. Ambas nociones presuponen un cierto compromiso por parte del intérprete; compromiso que se vincula con la creencia de que la interpretación que el mismo propicia, es la interpretación correcta, la verdadera y no solo una de las interpretaciones posibles.

Mi objetivo no será aquí analizar exhaustivamente el compromiso conceptual del intérprete desde el marco teórico desarrollado por este autor, sino relacionar los principales rasgos de este compromiso con una noción conceptual vinculada a una de las posibles formulaciones de la verdad, a saber, la noción de *parresia*, a partir de un análisis de Michel Foucault (2009). Esta noción, que será luego considerada, consiste básicamente en un especial tipo de decir veraz, que implica una cierta creencia y que presupone, asimismo, un riesgo para el profirense. La relación entre ambas nociones, como intentaré demostrar en este trabajo, se vincula con la idea de verdad o corrección como conceptos que deben ser analizados a la luz de otros conceptos vinculados, dentro de los cuales el de creencia verdadera cumple una función fundamental.

397

## 2. Teoría de la interpretación constructiva

### *Principales lineamientos*

Creo importante previo a ingresar en la discusión, repasar brevemente los principales puntos o ejes de la teoría constructiva de Dworkin, particularmente en lo respectivo al punto de vista interno o punto de vista del intérprete.

En su último libro, *Justice for Hedgehogs*, Dworkin reitera su teoría de la interpretación constructiva ya desarrollada en *Law's empire*, pero esta vez haciendo un mayor hincapié en la interpretación como uno de los elementos de un argumento más general, consistente en que en el ámbito del derecho y la moral, la integración es una condición necesaria de la verdad. Afirma el autor en este sentido: ...*planteo, a lo largo de este libro, que en la moral política la integración es una condición necesaria para la verdad (...).* El primer paso hacia esa importante conclusión, sobre la integración y la verdad, requiere encarar un desafío (...) compartimos algunos de nuestros conceptos, incluyendo los conceptos políticos, de un modo diferente: funcionan para nosotros como conceptos interpretativos (Dworkin, 2011: 5-6)<sup>1</sup>.

Dentro de este argumento general, entonces, que vincula la integración con la noción de verdad, la interpretación constructiva viene a jugar un rol fundamental ya que permite explicar, desde la concepción dworkiniana, de qué manera tienen lugar los desacuerdos y por qué estos desacuerdos son genuinos y no superficiales.

<sup>1</sup> En el original, expresa el autor: ...*I argue throughout the book that in political morality integration is a necessary condition of truth (...).* The first step toward that important conclusion, about integration and truth, requires facing up to an immediate challenge. (...) we share some of our concepts, including the political concepts, in a different way: they function for us as interpretive concepts.

El principal argumento de Dworkin sobre la interpretación en general es que, aun cuando pueda distinguirse entre diversos tipos de interpretación –que tienen lugar respecto de distintos tipos de prácticas-, todos estos géneros comparten rasgos esenciales, por lo que resulta más apropiado considerar a la interpretación como uno de dos grandes tipos de actividad intelectual existentes (Dworkin, 2011: 123). Plantea el autor, por otra parte, que existen ciertas condiciones necesarias para una buena teoría de la interpretación. La primera de ellas, es que debe ser lo suficientemente general como para ser aplicable a los diversos tipos de interpretación. Debe explicar por qué la cuestión del estado psicológico del creador suele ser tan controversial. Pero además, debe poder responder a la cuestión acerca de la actitud ambivalente del intérprete en lo que respecta a la verdad en la interpretación. Lo que el autor refiere como ‘ambivalencia’ en la interpretación, y que critica como inconsistente desde el punto de vista del intérprete, consiste básicamente en sostener una determinada interpretación sobre un objeto pero, al mismo tiempo, afirmar que se trata tan solo de una de las posibles interpretaciones del mismo<sup>2</sup>. Analizaremos esto a continuación.

### ***La actitud del intérprete en Dworkin***

Al ingresar en el análisis de la interpretación en general, el autor habla de una cierta ambivalencia que caracteriza la actitud de muchas o de la mayoría de las personas, al expresarse acerca de sus juicios morales y de valor en general. La idea es la siguiente: existen algunas circunstancias –como la interpretación de una obra de arte- en que referirse a la interpretación propia como la verdadera sería inusual. Pero existen otros casos –como la interpretación de una ley por la que se condena a una persona a prisión o al pago de una suma de dinero-, en las que no hacerlo resultaría inconcebible.

A partir de esta idea Dworkin concluye que, al menos en la mayoría de los casos que él considera en su reconstrucción, ...*la fenomenología de la interpretación –como se siente para los intérpretes- incluye un sentido en que la interpretación apunta a la verdad*". Sin embargo, difícilmente se admite esto por los mismos intérpretes, continúa el autor, y esto no tiene sentido en absoluto: "...*si en su opinión una interpretación es mejor, entonces, también en su opinión, las interpretaciones contrarias son inferiores y se contradice a sí mismo cuando afirma que algunas de ellas no lo son* (Dworkin, 2011: 126)<sup>3</sup>.

Lo que Dworkin critica, entonces, es la afirmación de que no hay ninguna interpretación correcta o que todas las interpretaciones de cierto objeto son equivalentes. Y esta crítica se centra en que esa misma afirmación es interpretativa. Este es, por otra parte, el argumento utilizado por este teórico cuando distingue entre escepticismo interno y externo.

El escepticismo en materia de interpretación, básicamente, niega la existencia de una respuesta correcta o verdadera como resultado de esta práctica en el ámbito jurídico. Dworkin clasifica las respuestas escépticas en dos tipos básicos: escepticismo interno y escepticismo externo. El escepticismo interno, de acuerdo a esta clasificación del autor, es aquel cuya posición es también, o implica, un posicionamiento moral; en otras palabras, el escepticismo interno se sitúa *dentro*

<sup>2</sup> Sobre este punto y aun desde un punto de vista crítico, sostiene Marmor que la intuición de Dworkin resulta acertada, cfr. Marmor (2005: 29 ss.).

<sup>3</sup> En el original, ...*the phenomenology of interpretation –how it feels to interpreters- includes a sense that interpretation aims at truth (...)“...if in his opinion one interpretation is best, then, also in his opinion, contrary interpretations are inferior and he contradicts himself when he asserts that some of them are not.*

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

de la discusión entre distintas posiciones expresadas en enunciados, todos ellos de tipo evaluativo. Se trata, entonces, ...*de una postura sustantiva que entra a discutir la pretensión de que una determinada visión de un objeto es la mejor interpretación que del mismo puede darse (la ‘respuesta correcta’). Los argumentos que el escepticismo interno esgrime contra dicha pretensión no consisten ni en sostener que la mejor interpretación para dicho objeto es alguna otra, ni tampoco en que carece de sentido hablar de ‘mejor interpretación’ en el ámbito de los objetos de que se trata (...); la actitud se justifica en cambio por considerar que, en el caso en cuestión, ninguna visión del objeto interpretado puede cumplir con los requisitos que se consideran como necesarios para hablar de ‘interpretación correcta’ en el género al que pertenece* (Lifante Vidal, 1999: 277-278).

A partir de ello Dworkin afirma que una posición que plantea que ninguna visión del objeto interpretado puede cumplir con los requisitos necesarios para ser considerada la interpretación –en el sentido de interpretación como producto-correcta del género al que pertenece, implica aceptar que existe un criterio para considerar correcta a una interpretación y que la existencia y el reconocimiento –implícito- de ese criterio de tipo valorativo, constituye también una posición sustantiva y no, como podría pensarse a primera vista, escéptica.

En otras palabras, Dworkin entiende que la única manera de criticar un argumento moral es asumiendo una posición moral y esto es lo que el escepticismo externo no puede hacer sin contradecirse. Afirma Dworkin al respecto: *Si el escepticismo externo es en sí mismo una posición moral, entonces se contradice a sí mismo. El error externo del escepticismo parece más inmediatamente vulnerable, ya que sostiene que toda afirmación de tipo moral es falsa* (Dworkin, 2011: 46)<sup>4</sup>.

399

Lo que este argumento y esta crítica al escepticismo externo pone de relieve, pues, es que cualquier interpretación, cualquier crítica o posición que pueda considerarse ‘competitiva’ con –digamos- la interpretación dominante sobre un objeto, no puede ser escéptica, en términos del autor, *all the way down*. Intentaré demostrar posteriormente de qué manera este argumento implica la afirmación de que el intérprete no puede ser ambivalente acerca del valor de verdad –o de corrección- de sus creencias y de qué modo este enfoque se relaciona con la noción de *parrhesia*.

Las ideas principales de Dworkin sobre la que denomina ‘teoría del valor’ en la interpretación pueden resumirse, entonces, del siguiente modo:

- a) La interpretación es un fenómeno social.
- b) Las prácticas sociales buscan la verdad (son *truth-seeking*), en el sentido que buscan presentar un cierto valor.
- c) La interpretación es, por lo tanto, interpretativa. En palabras del autor, ...*una particular interpretación tiene éxito –alcanza la verdad acerca del significado de algunos objetos- cuando mejor realiza, para ese objeto, el propósito adecuadamente asignado a la práctica interpretativa adecuadamente identificada como pertinente* (Dworkin, 2011: 131)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En el original, *If external skepticism is itself a moral position, then it contradicts itself. External error skepticism seems most immediately vulnerable because it holds that all moral claims are false.*

<sup>5</sup> En el original, ...*a particular interpretation succeeds –it achieves the truth about some object’s meaning- when it best realizes, for that object, the purposes properly assigned to the interpretive practice properly identified as pertinent.*

d) Los intérpretes de un mismo objeto no pueden ser escépticos externos sin contradecirse.

Se volverá sobre el análisis de Dworkin luego de analizar las principales características del concepto de *parrhesía*.

### **3. Distintas formulaciones de la verdad: la noción de *parrhesía***

Como se había adelantado, mi objetivo en esta sección será introducir un análisis de características diversas al de Dworkin pero que, no obstante, considero de gran valor en relación con la idea o el concepto de un intérprete como ‘vocero’ – por llamarlo de algún modo- de una interpretación correcta. El análisis que me gustaría introducir es el del concepto de *parrhesía*, desarrollado entre otros por Foucault en un curso posteriormente compilado en el libro titulado *El gobierno de sí y de los otros*<sup>6</sup>.

Sin duda, tanto el análisis exhaustivo de la concepción de Dworkin que aquí destacamos como el del concepto de *parrhesía*, requerirían un desarrollo que no pretendo agotar. Sí creo posible tomar estas ideas para introducirme en la discusión, trazando algunos paralelos entre ambos análisis.

El concepto de *parrhesía* aparece por primera vez en algunos textos de la antigua Grecia –de Heródoto y Eurípides, entre otros-, formando parte de una tríada de conceptos relevantes para el ejercicio de la democracia ateniense. Se trata de la tríada entre los conceptos de *isonomía*, *isegoría* y *parrhesía*. Brevemente, y sólo con el fin de explicar el alcance de la noción de *parrhesía*, diremos que la *isonomía* se refería a una igualdad ante las leyes y de poderes; la *isegoría*, por su parte, ponía el acento en la libertad de palabra en la participación en asambleas; mientras que la *parrhesía* surge como un derecho de libertad política del ciudadano libre ateniense. Libertad para decir. En la *parrhesía*, el énfasis está puesto en la palabra (Scarpato, 1964: 15-29).

El análisis, tanto de Scarpato como de Foucault, sobre la evolución del término, indica que así como el concepto de *parrhesía* surge ligado a la idea de libertad política, es decir como un derecho del ciudadano ateniense a ‘decir libremente’, puede observarse una evolución de su significado a través de referencias claras a la relación de este derecho con la idea de verdad. Es decir, es un derecho a decir libremente aquello que es verdadero (Scarpato, 2011: 46)<sup>7</sup>. El último paso en la evolución de este término está dado por la aparición de un tercer elemento, vinculado con el coraje o el valor para decir libremente aquello que es verdadero y que se cree verdadero. Acerca de la relación entre libertad, valor y *parrhesía*, afirma Scarpato: *La felicidad se identifica con la libertad, pero la libertad lo hace con el coraje; este es el camino que recorrerá también la parrhesia en su desarrollo semántico: de un vínculo estrecho entre libertad y parrhesia, y entre parrhesia y coraje, se llegará a una sinonimia de esos términos* (Scarpato, 1964: 43)<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> El libro compila una serie de clases dictadas por Foucault en el año 1983 en el Collège de France, cátedra de “Historia de los sistemas de pensamiento”. Para un análisis exhaustivo de la evolución del término en la literatura de la Grecia Antigua, véase Scarpato (1964).

<sup>7</sup> En efecto, de acuerdo al Epitafio de Demóstenes, la parrhesia era “del privato cittadino il quale nelle democrazia non poteva venire impedito dal manifestare il vero, dato che la verità costituiva l’elemento essenziale della parrhesia”.

<sup>8</sup> En el original: *La felicità si identifica con la libertà, ma la libertà col coraggio; questo è il cammino che percorrerà anche parrhesia nel suo sviluppo semantico: da uno stretto legame fra libertà e parrhesia, fra parrhesia e coraggio, si giungerà alla sinonimia dei termini.*

R  
I  
N  
C  
Ó  
N

Por su parte, en su análisis de este concepto, Foucault parte del siguiente objetivo o proyecto general: realizar un análisis de las formas de veridicción y de los procedimientos de gubernamentalidad. En sus propias palabras: *...al plantear la cuestión del gobierno de sí y de los otros, querría intentar ver de qué manera el decir veraz, la obligación y la posibilidad de decir la verdad en los procedimientos de gobierno, pueden mostrar que el individuo se constituye como sujeto en la relación consigo y en la relación con los otros* (Foucault, 2009: 58).

En función de un análisis de los textos antiguos arriba referidos, en que tal concepto fue utilizado, Foucault termina afirmando que es una virtud, pero también un deber y una técnica, consistente en el decir veraz. Pero no se trata de cualquier decir veraz, como también se señalaba más arriba, sino de aquel efectuado en circunstancias tales que comporta un riesgo para el mismo profiriente. El parrhesiasta *...es el hombre verídico, esto es: quien tiene el coraje de arriesgar el decir veraz, y que arriesga ese decir veraz en un pacto consigo mismo, en su carácter, justamente, de enunciador de la verdad. Es el verídico* (Foucault, 2009: 82).

Los tres elementos fundamentales de este concepto son, entonces, la verdad de aquello que se dice, la creencia en el carácter de verdadero de aquello que se dice, y la circunstancia o contexto por el cual, al decirlo, se genera un riesgo para uno mismo. Respecto de la relación entre la *parrhesía* y la idea de verdad misma, existe una doble dimensión a considerar: por un lado, aquello que se dice es verdadero, pero además, es indispensable que esa sea la creencia del parrhesiasta. Vamos a detenernos ahora en este componente de la idea de *parrhesía*, la creencia en el decir veraz, que es, según creo, aquel que se relaciona en mayor medida con la concepción dworkiniana del compromiso del intérprete.

401

#### 4. La creencia del decir veraz

La relación entre verdad y creencia ha sido tratada desde diversas perspectivas. Bernard Williams, por ejemplo, trabajó sobre la idea de tensión entre dos conceptos: de verdad y de veracidad. Según Williams, en el pensamiento moderno existe una tensión constante que consiste en una búsqueda de veracidad en todo tipo de saberes que, sin embargo, coexiste con una desconfianza en la posibilidad de una verdad acerca de ese mismo objeto. Dice al respecto: *Estas dos tendencias, el fervor por la veracidad y la desconfianza frente a la idea de verdad, están relacionadas entre sí. El anhelo de veracidad pone en marcha un proceso de crítica que debilita la convicción de que haya alguna verdad segura o expresable en su totalidad* (Williams, 2006: 13).

Sin embargo, continuando con el análisis de este autor, es posible examinar esta tensión de modo tal que las conclusiones no sean escépticas respecto de la importancia de un conocimiento veraz. La veracidad, de acuerdo con este enfoque, supone un respeto por la verdad y esto se vincula, asimismo, con lo que Williams denomina las “dos virtudes básicas de la verdad”, a saber, la Precisión –Accuracy- y la Sinceridad –Sincerity-. Mientras la Precisión se relaciona con el cuidado puesto en la búsqueda de un conocimiento veraz o, dicho de otro modo, en los recaudos para formarse una creencia verdadera, la Sinceridad se refiere en cambio a la comunicación –también veraz- de ese conocimiento (Williams, 2006: 22). Me interesa destacar particularmente de este análisis que su preocupación no se relaciona con un objetivo de definir la verdad, sino de relacionar el decir veraz con las recién mencionadas virtudes.

Si bien Williams no afirma que la tensión entre Verdad y Veracidad tenga una posible resolución en términos absolutos, sí resalta la idea de búsqueda de la veracidad como una especie de “apuntar hacia la verdad” y afirma que no es posible comprender esta tensión ni la idea misma de veracidad sin relacionarla con otros conceptos que cobran sentido en la comunicación siempre a través de la idea de verdad. Uno de los conceptos que Williams analiza desde este punto de vista es, precisamente, el de creencia, afirmando que existe un importante sentido en que negar la veracidad de la creencia es negar la creencia misma.

El análisis de la verdad como concepto comprensible a través de su relación con otros conceptos relacionados, es una idea desarrollada también por Dworkin, quien propugna un tipo de análisis en que la integración de la verdad con otros conceptos evaluativos es indispensable; él propone, para explicar las discusiones entre las distintas concepciones de verdad, la siguiente alternativa: *podemos (...) tratar de formular un concepto de verdad muy abstracto, y de las ideas asociadas de realidad, objetividad, responsabilidad, sinceridad, entre otras, que nos permita construir diferentes teorías menos abstractas como candidatas para explicar la verdad en los distintos ámbitos en los que la pretensión de verdad desempeña un rol importante* (Dworkin, 2011: 175)<sup>9</sup>.

No resulta un dato menor que tanto el enfoque de Williams como el de Dworkin entienden que, por un lado, el único modo de comprender la idea de verdad y de veracidad es integrándola con otros conceptos relacionados y que, además, la idea de creencia verdadera tiene una función fundamental en esa comprensión.

Ahora bien, volviendo a la relación entre la actitud del intérprete en la teoría dworkiniana y el elemento de creencia en el concepto de *parrhesia* al que aludíamos anteriormente, cabe preguntarnos ahora cuáles son los paralelos que caben trazarse entre uno y otro análisis.

Como mencionábamos al principio de este trabajo, cuando Dworkin analiza la actitud del intérprete y, asimismo, en su crítica al externalismo externo, señala de manera crítica al rasgo de ‘ambigüedad’ en la actitud del intérprete al presentar o defender su propia interpretación de una práctica social y, al mismo tiempo, afirmar que no se trata de interpretaciones correctas o incorrectas sino diferentes. Al criticar esta ambigüedad lo que el autor sin duda propugna es la posibilidad de verdad en la interpretación.

Esto permite afirmar, como primer elemento en común entre ambos análisis, que ambos presuponen la existencia de una verdad; en otras palabras, que existen conocimientos verdaderos o falsos y que, además, puede hablarse de ello de manera verídica. En la teoría dworkiniana resulta claro que existe una respuesta correcta, podríamos decir incluso verídica, y que es posible referirse a ella.

Recordemos, en este sentido, la actitud interpretativa y sus componentes, en la obra de Dworkin. El autor plantea que esta actitud, compleja, por una parte implica que el intérprete asume que la práctica interpretada no solo existe sino que además tiene un valor. Pero además, la actitud interpretativa implica creer que ese valor no necesaria o exclusivamente se satisface del modo en que hasta el momento, en la práctica, se hizo (Dworkin, 1986: 47). La afirmación y, en general, la

---

<sup>9</sup> En el original, ...we might, second, try to formulate some very abstract concept of truth, and of the associated ideas of reality, objectivity, responsibility, sincerity, and the rest, that would allow us to construct different less abstract theories as candidates for explaining truth in the different domains in which claims of truth play a role.

argumentación acerca de la posibilidad de este tipo de actitud interpretativa, implica afirmar la posibilidad de una respuesta correcta.

En segundo lugar, además del presupuesto común respecto a la existencia de respuestas correctas o verdaderas y de su carácter cognoscible, ambos tipos de análisis asocian la respuesta correcta o verídica con un cierto valor. Esto es claro en la obra de Dworkin –y, como también afirmábamos, en el análisis de verdad y veracidad de Williams-, pero también resulta claro que en la idea de *parrhesia* existe un valor que se adscribe al decir veraz. Este valor se vincula, por un lado, con el riesgo de la situación en la que el parrhesiasta dice la verdad, pero también en lo que Foucault define como un pacto consigo mismo. En este pacto consigo mismo, lo que precisamente hace el ‘hombre verídico’ es, reitero, decir la verdad acerca de algo que conoce, poniéndose en riesgo al hacerlo; pero fundamentalmente lo hace creyendo que lo que afirma es, efectivamente, la verdad. Dice Foucault sobre este punto: *...la parrhesia (...) es siempre una especie de formulación de la verdad en dos niveles: un primer nivel que es el del enunciado de la verdad misma (...), y un segundo nivel del acto parresiástico, de la enunciación parrhesiástica, que es la afirmación de la verdad de lo que se dice: uno mismo lo cree, lo estima y lo considera en concreto como auténticamente verdadero. Digo la verdad y creo verdaderamente que es verdad, y creo verdaderamente que digo la verdad en el momento de decirla. Ese desdoblamiento o duplicación del enunciado de la verdad por el enunciado de la verdad del hecho de que la pienso y, al pensarla, la digo, es indispensable para el acto parresiástico* (Foucault, 2009: 80).

En este pasaje queda claro que, en la idea de *parrhesia*, se plantea como condición necesaria no solo que lo que se afirme sea verdad, sino que quien la afirme así lo crea. Este es el punto que considero más útil al análisis de la teoría constructivista de Dworkin, en lo relativo a la actitud del intérprete. La crítica de este autor en lo referido a la ambigüedad del intérprete sobre la verdad de sus afirmaciones consistía, recordemos, en la inconsistencia entre sostener una cierta interpretación y sostener al mismo tiempo que se trata tan solo de una interpretación más, y no de la correcta, o de la mejor.

La relación que se propone entre ambos análisis –la actitud del intérprete en la teoría de Dworkin por un lado, y la idea de *parrhesia* por otro- parece entonces ir de la mano de la verdad vinculada a otros valores en general y, particularmente, de la idea de creencia relacionada inevitablemente a la idea de verdad. En principio, resultaría cuando menos contradictorio en un sentido hablar de creencias falsas. Pero esta afirmación requiere algunas consideraciones adicionales. No caben dudas acerca de que un individuo puede mantener una creencia basada en un error. En este sentido, se trataría de una creencia falsa porque su contenido es falso. Sin embargo, e independientemente del valor de verdad del contenido de la creencia, sería contradictorio afirmar que se tiene una creencia de algo que se sabe falso. En tal sentido, la objeción de falsedad sería, como afirma Williams, fatal. Dice este autor al respecto: *De las creencias también puede decirse que apuntan a la verdad, que se suponen verdaderas, que están sujetas a normas de verdad. El hecho de que sea falsa constituye una objeción a una creencia. Es más, en el caso de una creencia, se trata de una objeción fatal, en el sentido de que si la persona que tiene la creencia acepta la objeción, entonces deja de tener la creencia o, por lo menos, la repliega al subconsciente; si una persona reconoce que el contenido de su creencia es falso, sólo por eso abandona su creencia en él* (Williams, 2006: 75).

Esta vinculación entre ambos análisis de modo alguno implica afirmar que el intérprete, de acuerdo a la teoría constructivista de la interpretación, es una especie de parrhesiasta. Pero, en la medida en que la idea de *parrhesia* implica que existe

un valor en el decir veraz y que es imposible lograr esto si no se cree en la veracidad de lo que se afirma, creo que es un concepto que permite una mejor comprensión de la concepción de la actitud del intérprete en Dworkin. Y creo que esto es así por dos razones: por un lado, como se afirmó antes, porque permite explicar –desde un punto de vista de la genealogía de una posible formulación de la veracidad- por qué es imprescindible que las creencias sean veraces, al menos en el sentido de que quien las formula tenga una actitud de *sinceridad* al hacerlo –y esto incluye también la situación de quien se encuentra en un error respecto de la verdad del contenido de su creencia-. Pero además, la noción de *parrhesía* permite una mejor comprensión de la idea de respuesta correcta asociada a otros valores, esto es, de la idea de integralidad propuesta por Dworkin.

## 5. A modo de cierre

Partiendo de la posibilidad de una respuesta correcta y de una posibilidad de conocerla –sujeta a la falibilidad de todo tipo de conocimiento-, podemos decir, resumiendo, que hay distintas formulaciones del decir veraz. Una de ellas se vincula a la noción de *parrhesía*. Uno de los componentes de esta noción de *parrhesía* es la creencia del parresiasta de estar diciendo la verdad. Este componente, es compartido por la reconstrucción teórica que Dworkin hace de la actitud del intérprete. El intérprete no tiene más alternativa que creer que su interpretación es la correcta. En la obra de Dworkin, esta actitud del intérprete, el punto de vista interno asumido, constituye un importante aporte a la metodología en la filosofía del Derecho. Ello es así porque el intérprete en la teoría dworkiniana no lleva a cabo, exclusivamente, una actividad de tipo cognoscitiva, sino que identifica un valor; un valor implicado en una práctica social que él mismo comparte. En este sentido, para Dworkin, ese valor se encuentra asociado a la verdad; a la existencia de una respuesta correcta. En este sentido, encuentro importante la comprensión de otras formulaciones de la verdad en las que la propia creencia del profiriente adquiere una importancia cabal.

404

## Bibliografía

- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/Londres.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/Londres.
- FOUCAULT, M. (2009), *El gobierno de sí y de los otros*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- LIFANTE VIDAL, I. (1999), *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MARMOR, A. (2005), *Interpretation and legal theory*, Hart Publishing, Oxford/Portland.
- SCARPAT, G. (1964), *Parrhesia: storia del termine e delle sue traduzioni in latino*, Paideia, Brescia.
- WILLIAMS, B. (2006), *Verdad y veracidad: una aproximación genealógica*, Tusquets, Barcelona.



R  
I  
N  
C  
Ó  
N

## Recensión

**Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo,**  
**Rafael Escudero Alday y Carmen Pérez González (eds.),**  
**(2013), Editorial Trotta, Madrid, 168 pp.**

**Ángel Sánchez Legido**

*Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete*

[Angel.slegido@uclm.es](mailto:Angel.slegido@uclm.es)

El consenso político sobre el que se asentó la Constitución española de 1978 se basó en una máxima de “borrón y cuenta nueva” que no hacía precisamente honor y justicia a la dignidad y al sufrimiento de las decenas de miles de víctimas de la guerra civil y el franquismo. Las circunstancias del momento histórico y el temor a una vuelta atrás explican que, paradójicamente, el principal instrumento jurídico en el que se materializó ese principio, la preconstitucional ley de amnistía de 1977 fuera aprobada por una abrumadora mayoría, con tan solo 18 abstenciones y dos únicos votos negativos procedentes de los escaños más conservadores.

Por aquella época, en plena Guerra Fría, el clima internacional imperante no abonaba el terreno para que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad afirmados en Núremberg y proclamados un año después por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pudieran operar en la práctica como algo realmente distinto a una versión civilizada de la llamada *justicia de los vencedores*. Varios datos atestiguan en efecto la escasa voluntad existente a nivel internacional durante décadas para proyectar los principios de Núremberg sobre otros criminales distintos de los vinculados con las potencias del eje. Hasta la década de los noventa es patente la ausencia total de actuaciones orientadas a aplicar los principios de Núremberg a las graves violaciones del Derecho de los conflictos armados cometidas durante la Segunda Guerra Mundial desde el bando aliado, o su prácticamente nula aplicación para cuestionar siquiera mínimamente las atrocidades cometidas en el contexto colonial o bajo el amparo de la lógica bipolar. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional para la elaboración de un Código de Crímenes y para la creación de un tribunal penal internacional quedaron en una situación de *impasse* durante toda la Guerra Fría. Y los dos convenios internacionales que a nivel global (1968) y

europeo (1974) trataron de proclamar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad siguen contando, todavía hoy, con un apoyo extraordinariamente reducido.

El extraordinario desarrollo experimentado tanto por el Derecho Internacional de los Derechos humanos como por el Derecho Internacional Penal tras el fin de la Guerra Fría ha permitido cuestionar las bases sobre las que tradicionalmente se había asentado la impunidad por las graves violaciones de los derechos humanos cometidas desde las estructuras estatales. Merced a la que probablemente sea la mayor aportación del Sistema Interamericano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos - la doctrina de las obligaciones positivas o de garantía de los derechos humanos-, hoy está claramente asentado que ante tales violaciones, los Estados tienen la obligación de investigar, reprimir y reparar, lo que no es sino el correlato de paralelos derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. Y el impulso que desde la posguerra fría viene recibiendo el Derecho Internacional Penal permite afirmar, cada vez ya con menos dudas, que el núcleo de los crímenes más graves de trascendencia internacional –genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- no tolera los tan arraigados ejercicios de impunidad, y de ahí el consenso alcanzado en torno a unos principios penales *singularizadores* de su configuración penal -entre ellos, los de tipificación internacional, imprescriptibilidad, jurisdicción universal o irrelevancia del cargo- que no son sino herramientas de desactivación de tradicionales argumentos a favor de la impunidad.

De esas dos fuentes ha bebido el movimiento para la recuperación de la memoria histórica a fin de sustentar jurídicamente, en el Derecho Internacional, su legítima aspiración de sacar a las víctimas de la guerra civil y el franquismo del olvido al que las relegó la transición. En torno a esas fuentes y a esa aspiración se mueve el libro *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Dirigido por Rafael Escudero y Carmen Pérez González, profesores ambos de la Universidad Carlos III de Madrid que en los últimos años han manifestado un considerable activismo por el tema, en él se acogen siete contribuciones sobre la respuesta aún pendiente a los crímenes de la guerra civil y el franquismo desde la perspectiva de la llamada justicia transicional. En ellas se aborda el tema con ambiciones y desde enfoques diversos y pluridisciplinares. Entre los autores se cuentan un historiador –que incide sobre el *animus occultandi* de sus propios crímenes que caracterizó al régimen franquista- y siete juristas, entre los cuales un magistrado español –que examina desde la perspectiva del derecho a la justicia el cierre de la vía penal en España tras la respuesta del Supremo al auto de Garzón-, una abogada argentina –que da cuenta de los fundamentos jurídicos sobre los que se asienta el proceso abierto a raíz de esa respuesta en Argentina- un reputado experto con acreditada experiencia internacional en justicia de transición y derechos humanos –que analiza desde ópticas generales las exigencias que sobre esas bases derivan para los Estados del Derecho internacional-, tres iusinternacionalistas –que abordan cauces y vías para garantizar, respectivamente, el derecho a la verdad y el derecho a la reparación de las víctimas a través de cauces no

penales a partir de la consideración de los crímenes como desapariciones forzadas- y finalmente un teórico del Derecho –que interpreta el pacto de silencio sobre el que se articuló la transición como un elemento más de un modelo político, el de la Constitución de 1978, poco menos que impuesto por los herederos del régimen franquista, con serios problemas de legitimidad e incapaz de afrontar los retos que plantea la actual crisis económica e institucional que atraviesa nuestro país-.

Es innegable que la democracia española tiene todavía hoy una seria deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil y el franquismo, especialmente con las que todavía están sepultadas en fosas infames e ignominiosas. Y no deja de ser encomiable la tenacidad con la que el movimiento por la recuperación de la memoria histórica viene trabajando desde hace ya casi tres lustros por su satisfacción, consiguiendo abrir nuevas vías –juicios argentinos, procedimiento público del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones forzadas del Consejo de Derechos Humanos, informes de los Comités de derechos humanos y contra la tortura- a partir de otras que se cierran –juicios penales en España y pronunciamientos del TEDH-. Desgraciadamente, el paso del tiempo hace que ya no sea posible pedir cuentas a los mayores responsables de esos crímenes. Pero aún lo es corregir las asignaturas aún pendientes tras la llamada ley de memoria histórica: articular un mecanismo para anular las condenas ilegítimas impuestas por los tribunales franquistas, resolver el futuro del Valle de los Caídos y, sobre todo, dar una respuesta eficaz a la demanda de los familiares de búsqueda, exhumación e identificación de desaparecidos.

407

Sin entrar ahora en las dificultades jurídicas que plantea aplicar a esos crímenes unas categorías que solo han quedado perfiladas con precisión muchas décadas después del momento en que se cometieron en su mayor parte, quizá el principal problema con el que nos enfrentamos para hacer justicia a las víctimas sea el amplio rechazo que una respuesta cabal sigue suscitando entre amplísimos sectores de la derecha española, incluyendo no solo a la más reaccionaria y conservadora. El restablecimiento de la verdad y el consiguiente reconocimiento de las víctimas solo será posible cuando la sociedad española consiga aceptar pacíficamente lo obvio: que quienes sufrieron las consecuencias de las atrocidades cometidas son víctimas y merecen un reconocimiento no por la legitimidad o ilegitimidad de la causa que esgrimían sus verdugos, sino por la injusticia que representan las violaciones que sufrieron de sus más esenciales derechos, y que tan víctimas son quienes murieron a consecuencia de la represión franquista como quienes lo hicieron como resultado de la violencia revolucionaria y religiosa allí donde no triunfó el golpe de Estado. Aceptarlo sin ambages exige en mi opinión adoptar actitudes más conciliadoras que las que sostienen que estas últimas víctimas han sido ya reconocidas y honradas por el ilegítimo régimen franquista y no merecen un reconocimiento democrático, o que la satisfacción de los derechos de las víctimas del franquismo implica necesariamente una aceptación general y unánime de las bondades del régimen republicano al que aquél puso fin.